

RESEARCH OUTPUTS / RÉSULTATS DE RECHERCHE

La jurisprudence récente en matière de garantie bancaire dans les contrats internationaux

Poullet, Yves

Published in:

Banca Borsa e Titoli di Credito

Publication date:

1982

Document Version

le PDF de l'éditeur

[Link to publication](#)

Citation for pulished version (HARVARD):

Poullet, Y 1982, 'La jurisprudence récente en matière de garantie bancaire dans les contrats internationaux', *Banca Borsa e Titoli di Credito*, VOL. 37, Numéro 1, p. 397-440.

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal ?

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

*publié en B.B. e Tit. di Lucido,
1983, 397 cc.*

LA JURISPRUDENCE RECENTE EN MATIERE DE GARANTIE BANCAIRE DANS LES CONTRATS INTERNATIONAUX

TABLE DES MATIERES: Introduction: 1. La reconnaissance de la garantie automatique. - 2. Les incertitudes de l'abstraction de la garantie. - 3. Réflexions sur le phénomène jurisprudentiel. - 4. Plan de l'analyse. — I. Les questions juridiques générales: A. Les règles d'interprétation: 5. L'emploi des dénominations et la référence au droit du cautionnement. - 6. La clause « à première demande ». - 7. Les clauses ambiguës. - 8. Les règles d'interprétation subsidiaires. — B. Les questions de droit international privé: 9. La question de la compétence du juge saisi. - 10. La loi applicable au contrat de garantie et au contrat de contre-garantie. — C. La nature causale ou abstraite de la garantie automatique: 11. Abstraction, acte abstrait et cause. - 12. Analyse de la nature juridique de la garantie en jurisprudence comparée. - 13. Conclusions. — II. Les droits et devoirs du banquier en matière de garantie automatique. — 14. Plan. — A. Les devoirs du banquier lors de la délivrance de la garantie: 15. Le devoir de conseil du banquier. — B. Les devoirs du banquier lors de l'appel à la garantie: 16. Le principe de neutralité. - 17. L'exception de fraude manifeste connue du banquier. - 18. Le devoir d'examen sommaire. - 19. Illustration de la conception restrictive de la fraude. — Cas particuliers: a) Les documents. - 20. Le principe de la stricte conformité. - 21. Son application en jurisprudence comparée. - b) La demande tardive. - 22. Le principe - application et nuances. - c) Le cas de la garantie de restitution d'acompte réductible au fur et à mesure de l'exécution des travaux. - 23. L'arrêt de la cour d'appel d'Aix. — C. Les droits du banquier après le paiement de la garantie: 24. Le débit d'office du donneur d'ordre. - 25. Le recours contre le bénéficiaire. — III. Le droit pour le donneur d'ordre d'empêcher le paiement: 26. Les mesures provisoires. - 27. Les conditions: 1) l'urgence. - 2) le non préjudice au fond. - 29. Renonciation conventionnelle expresse ou tacite. — A. La procédure en référé: 30. Plan. - a) La notion de fraude manifeste: conception extensive ou restrictive. - 31. Les ambiguïtés de la notion de fraude manifeste. - 32. La jurisprudence restrictive. - 33. Le bien fondé de la jurisprudence extensive. - 34. Analyse de deux décisions. - 35. Conclusions. - b) L'examen de l'équilibre mise en place par le marché commercial. - 36. Analyse de trois décisions. - 37. La question particulière de la nullité ou de la disparition du marché garanti. - c) Les risques politiques. - 38. L'embargo. - 39. Les affaires iraniennes et la jurisprudence américaine. -

(*) Lo scritto sarà inserito nella seconda edizione del volume, a cura della F.E.D.U.C.I., *Les garanties bancaires dans les contrats internationaux* (colloque de Tours: 19-20 juin 1980), Paris.

(**) En ce qui concerne les références jurisprudentielles, nous reprendrons la numérotation des décisions telle que proposée en annexe. L'article se limitant à une étude de la jurisprudence, la doctrine n'y sera évoquée qu'occasionnellement en relation avec telle ou telle décision. Le lecteur ne s'étonnera donc pas de ne voir traiter parmi les multiples questions juridiques relatives aux garanties que celles abordées par les juridictions.

Le texte de l'étude a été arrêté au 31 mars 1982. Nous n'avons pas tenu compte de la jurisprudence postérieure ou publiée postérieurement.

-40. Conclusion. - d) La contregarantie. - 41. Les différents raisonnements proposés. - 42. Analyse critique. — B. La saisie-arrêt: 43. La saisie-arrêt de la garantie d'exécution. - 44. Son bien-fondé. - 45. La saisie-arrêt de la garantie de paiement. — Conclusion. - 46. Les leçons jurisprudentielles.

1. Le colloque des 19 et 20 juin 1980 constituait en France la première reconnaissance publique du phénomène de la garantie bancaire automatique ou « à première demande » délivrée dans le commerce international. D'emblée, il soulignait la difficulté d'harmoniser « la géométrie rigoureuse de l'institution et, précisément, la dureté de cette géométrie » (1).

Depuis le colloque de Tours, la question de la légitimité de la garantie automatique ne doit plus être posée. Les usages du commerce international en fondent l'intérêt et la justification. Selon l'expression du juge anglais (2), les garanties sont « the lifeblood » du commerce international. On note en effet que l'émission de la garantie bancaire automatique répond dans la marché commercial de base à un rééquilibrage naturel des intérêts complémentaires des parties à la convention. L'exportateur désire disposer de moyens de paiements sûrs, « abstraits » de la convention de base; l'importateur souhaite une garantie liquide, c'est-à-dire mobilisable et susceptible d'être exécutée à première demande sans objections possibles, cette garantie liquide étant pour lui le meilleur moyen de pression (3).

2. L'admission de la garantie automatique au rang des figures juridiques reconnues par nos droits est loin de supprimer toutes les incertitudes. La complexité des opérations à l'origine des garanties explique en effet les multiples interrogations jurisprudentielles que la simplicité du mécanisme ne laissait pas soupçonner au départ.

Ainsi, à travers la jurisprudence, le dogme de l'abstraction s'est progressivement affaibli ou plutôt a révélé son exacte signification: les limites de l'abstraction se précisent sans remettre en cause l'automatisme des garanties. Certes, il ne s'agit pas par les quelques réflexions qui suivent d'absolutiser les raisonnements jurisprudentiels moins encore d'y voir une remise en cause de la validité de l'institution bancaire (4); il s'agit de chercher à mieux comprendre l'exacte signification

(1) LESGUILLONS, *Histoire, Signification et pratique des garanties*, in *Les garanties bancaires dans les contrats internationaux. Actes du colloque de Tours des 19 et 20 juin 1980*, Paris, 1981, 9.

(2) Avis du juge Kerr dans la décision 9.2.

(3) A propos de l'automatisme de la garantie comme moyen de pression, le remarquable exposé de COSTET, *L'opération à garantir et les risques convertis*, in *Les garanties bancaires dans les contrats internationaux*, Paris, 1981, 113.

A propos de l'automatisme de la garantie comme réponse à l'automatisme des moyens de paiements, lire les réflexions de KOPPELMANAS, *Les garanties bancaires de bonne fin d'exécution de contrats internationaux de fournitures d'installations industrielle complètes*, Festschrift für Bärmann, München, 1975, 553; TANDEAU DE MARSAC, *Le paiement et ses garanties dans la vente internationale de biens mobiliers corporels*, D.P.C.I., 1980, 149 et s. (en particulier le n. 14); GAYALDA-STOUFFLET, *La lettre de garantie internationale*, R.T.D. comm., 1980, 2; POULLET, *L'abstraction de la garantie bancaire automatique*, Thèse, Louvain, 1982, n. 67.

Nous étudierons infra n. 44 les conséquences que la jurisprudence tire de cette affirmation.

(4) Comme Von Westphalen le note avec raison: « Puisque 99 % de toutes les garanties bancaires émises par l'ensemble des instituts bancaires... se déroulent

de la garantie automatique dans l'ensemble de l'opération économique internationale et d'en dégager certaines conséquences.

3. Avant d'aborder cette analyse, on peut d'emblée noter quelques réflexions relatives à l'ampleur et au contenu du « phénomène » jurisprudentiel:

— Aucun pays n'échappe actuellement au « phénomène » (5); celui-ci peut cependant être, récent pour certains pays (Belgique, Italie), classique pour d'autres (Etats-Unis, Allemagne).

— Si les litiges portés devant les tribunaux, relatifs à des garanties bancaires, restent très rares quand on songe au nombre de garanties émises (6), on constatera cependant que partout le « phénomène » jurisprudentiel s'est amplifié, ces trois dernières années.

— La jurisprudence concerne toutes les formes de garantie émises (à l'exception de la garantie de soumission) à savoir les garanties de remboursement d'avances, de retenue, d'exécution et de paiement que ces garanties soient principales ou « subordonnées » (7) à d'autres garanties. Toutefois, la plupart des décisions ont trait à une garantie d'exécution.

— Le « phénomène » jurisprudentiel révèle la pratique de plus en plus fréquente de garanties émises sous forme de lettre de crédit et payables sur base de « statement(s) » du bénéficiaire (8). On rappellera qu'il ne s'agit pas à proprement parler de garanties « documentaires » (9). La garantie reste payable à la demande du bénéficiaire, demande simplement modalisée.

— Les litiges portent bien souvent sur des garanties émises au profit d'administrations de pays du Moyen-Orient mais on note l'existence de garanties émises

sans aucune difficulté et que seul 1 % de cas amène des controverses et des disputes... il apparaît insensé, faux — et ce, à cause de quelques cas d'abus — de changer l'ensemble du système consacré de la garantie bancaire abstraite ». (VON WESTPHALEN (GRAF F.), *Neue Tendenzen bei Bankgarantien im Aussenhandel*, W.M., 1981, 301).

(5) Nous nous sommes limités à la jurisprudence des pays d'Europe occidentale et des Etats-Unis. On notera que la Suisse, pays non repris, connaît une jurisprudence malheureusement inédite.

(6) Malgré leur condamnation par la C.C.I.

(7) Sur les multiples formes de garanties émises dans le commerce international, lire notre article, *Présentation et définition des garanties pratiquées en Europe*, *Actes du Colloque de Tours*, Paris, 1981, 12 et s.

Nous aurons l'occasion de souligner l'originalité du droit propre à certaines formes de garantie (ainsi, la saisie-arrêt de la garantie de paiement n'obéit pas aux mêmes règles que la saisie-arrêt de la garantie de bonne exécution).

(8) Cette pratique est américaine. Dans un article récent, BONToux (*Les garanties bancaires dans le commerce international*, Banque, 1982, 171) estime que l'émission de la garantie sous forme de « lettre de crédit » serait une solution aux abus dénoncés actuellement.

Nous verrons (infra n. 20) les conséquences que la jurisprudence américaine tire de cette pratique.

(9) Le document, au sens strict, s'entend d'un écrit qui, de par la qualité de son auteur, entraîne une forte présomption de vérité de son contenu. A propos d'un exemple de garantie documentaire, le cas jugé par la cour d'appel d'Aix en Provence le 13 mars 1980 (Bull. arrêts Aix 1980-1, 28; D., 1981, I.R., 505, obs. Vasseur) relatif à une garantie donnée dans le commerce national où la demande du bénéficiaire devait être accompagnée d'une confirmation par un bureau d'études.

au profit d'administrations d'autres pays (Amérique du Sud, Afrique) (10) et même de garanties émises au profit de contractants privés de nos pays (11).

— La jurisprudence analysée démontre que de nombreuses prorogations de la durée de validité de la garantie précédent souvent l'appel à la garantie. Ces prorogations ont parfois lieu alors même que le marché commercial est terminé (12). On peut se demander si de telles prorogations ne peuvent constituer des abus aussi sérieux que la demande en paiement de la garantie.

4. L'étude des questions juridiques résolues par la jurisprudence suivra le plan suivant:

— Dans une première partie, nous examinerons quelques questions juridiques générales. Nous distinguerons les problèmes d'interprétation des contrats de garantie, ceux de droit international privé et enfin évoquerons la question de la nature juridique de la garantie automatique.

— Une deuxième partie analyse la responsabilité du banquier lors de l'émission de la garantie, lors de la réception de la demande et son droit au remboursement.

— Une troisième partie — la plus longue — aborde la question du droit du donneur d'ordre d'empêcher le paiement. Sans prétendre les nommer tous, de nombreux thèmes doivent y être étudiés: la notion de fraude manifeste, la particularité de la contregarantie, la possibilité, outre le référé, de saisir-arrêter le montant de la garantie.

Sur toutes ces questions qui ont été l'objet du colloque de Tours, la jurisprudence apporte des solutions nuancées et indiscutablement enrichissantes.

I. LES QUESTIONS JURIDIQUES GÉNÉRALES

A. Les règles d'interprétation applicables aux garanties bancaires délivrées dans le commerce international.

5. Aux critères déjà dégagés dans l'étude publiée dans les actes du colloque de Tours (13), la jurisprudence récente apporte souvent sa confirmation parfois quelques nuances.

Ainsi deux décisions belges (14) confirment l'équivalence des dénominations « caution » et « garantie ». De même, la référence à certaines règles du droit du

(10) Ainsi notamment la décision 1.12 (pays de l'Afrique centrale) et les nombreuses affaires égyptiennes.

(11) A ce propos, par exemple la décision 9.5, affaire dans laquelle la garantie était émise au profit d'un importateur anglais.

(12) Ainsi, dans l'affaire 3.5, les garanties émises envers les autorités douanières iraniennes avaient été prorogées pendant plus de trois ans après l'expiration du marché pour lequel elles avaient été émises.

(13) « Le contrat de garantie. Examen de quelques problèmes juridiques particuliers », Actes cités, 127 et s.) en particulier la section I: « Critères d'interprétation pour déterminer le type de sûreté personnelle choisie ».

(14) Cfr. les décisions 3.6 et 3.8. La dernière décision note très clairement: « Attendu que l'utilisation du terme "cautionnement" plutôt que celui de "garantie" est sans influence sur la qualification de l'obligation souscrite »; contra OLG

cautionnement est insuffisante par elle-même à démontrer l'existence d'un cautionnement et l'absence d'une garantie (15).

6. La valeur de la clause « à première demande » continue à susciter des controverses. D'une part, il est exclu de donner à cette clause la valeur d'un simple renversement de la charge de la preuve (16). D'autre part, un arrêt important du Bundesgerichtshof allemand (17) rendu à propos d'un « cautionnement (Bürgschaft) à première demande » émis dans le commerce national (18) interdit d'analyser la clause comme une présomption irréfragable (19) de l'autonomie de l'engagement. En l'espèce, le tribunal allemand qualifie le « cautionnement à première demande » de simple cautionnement avec obligation de paiement immédiat sous réserve de recours ultérieur.

Nonobstant cette décision (20), quelques décisions continuent à voir dans la clause une signification supérieure; ainsi l'attendu d'un tribunal allemand (21) qui, à la suite de Pleyer, estime que la clause « à première demande » signifie que la « banque ne peut ni demander aucune preuve, ni soulever aucune exception mais doit payer à simple réclamation »; celui d'un tribunal français (22), à propos d'une clause rédigée comme suit: « Nous paierons à votre première demande toute somme que vous pourriez réclamer en vertu des conditions et des stipulations du contrat amendé » qui déclare que « les termes: "Nous vous paierons à première demande" assignent sans ambiguïté à l'engagement de la banque le caractère d'une garantie autonome à l'égard du contrat de base... ».

7. Nous insistons sur le danger d'ambiguïté que présente le rapprochement de certaines clauses: la clause à première demande est parfois accompagnée de clauses dont la signification est opposée. La jurisprudence récente illustre ce propos. Le président du tribunal de commerce de Paris (23) devait interpréter la clause « paiement à première demande justifiée ». Il considère que le bénéficiaire devrait par cette clause démontrer l'inexécution par le donneur d'ordre d'une disposition

Stuttgart 8 sept. 1976; W.M. 1976, 881. « L'emploi répété du mot cautionnement par un institut de crédit laisse entendre que l'institut a voulu cautionner et non garantir ».

(15) Cf. la décision 3.8 où le texte de confirmation de l'engagement de la caution se réfère à l'article 2031 du code civil et la décision 3.6, où l'engagement était qualifié par les parties: « cautionnement conjoint et solidaire » (v. déjà la décision 2.3).

(16) Cette interprétation retenue par le tribunal de commerce de Bruxelles (décision 3.1) a été rejetée en appel (décision 3.8).

(17) Décision 1.11; voir également BGH 3 mars 1976, W.M., 1976, 422 et O.L.G. Stuttgart, 8 sept., 1976, W.M., 1976, 881.

(18) La note de HORN (*Bürgschaften und Garantien zur Zahlung auf erstes Anfordern*, NJW, 1980, 2153) réclame l'extension du raisonnement du Bundesgerichtshof aux garanties émises dans le commerce international. Comp. MOULY C., *Abus de caution?*, Rev. Jur. comm., 1982, 4^e special: *L'évolution du droit des sûretés*, 23 et 24.

(19) L'opinion a parfois été défendue dans la doctrine.

(20) Nous étudierons les conséquences de cette décision en ce qui concerne l'étendue du droit de recours du banquier garant.

(21) Décision 1.16.

(22) Décision 5.16.

(23) Décision 5.17.

contractuelle. Le tribunal de commerce d'Anvers (24) devant une clause « paiement sur base d'une attestation montrant avec évidence (evidencing) que... » se contente d'une simple déclaration affirmant la non réalisation de la prestation (25).

La référence générique au contrat est interprétée de manière identique par deux décisions, l'une arbitrale (26), l'autre américaine (27): « Une référence générale au contrat de base est à considérer comme un ajout sans importance ». Par contre, la référence aux obligations, ainsi la clause « to fulfill its contractual obligations », permet au juge français de déduire l'existence d'un cautionnement (28).

8. Enfin, la jurisprudence développe des règles subsidiaires d'interprétation favorables à la qualification « garantie autonome » (29). Ainsi, la jurisprudence américaine rappelle, à plusieurs reprises (30), que toute équivoque doit s'interpréter contre la partie qui émet l'engagement (la Banque). La jurisprudence belge (31) la rejoint indirectement en estimant qu'il faut s'en référer, selon l'article 1156 du code civil, à la commune intention des parties du contrat de garantie (32) — la banque et le bénéficiaire (33). Il est évidemment exclu que ces deux parties en particulier le bénéficiaire n'aient pas préféré « une sûreté dont l'exécution ponctuelle ne dépende d'aucune formalité et dont la mise en œuvre ne puisse être retardée ». La référence à la commune intention des parties permet à cette jurisprudence d'écarter l'application de l'article 1162 du code civil ou du moins de ne lui accorder qu'un rôle tout à fait subsidiaire. Cet article qui exige, en cas de doute, une interprétation contre celui qui a stipulé et en faveur de celui qui s'oblige pourrait conduire à la qualification « cautionnement » (34).

Enfin, la même jurisprudence (35) s'appuie sur l'article 1156 pour énoncer une règle d'interprétation relative à la contregarantie (36). Le texte de la contregarantie s'interprète normalement selon la qualification donnée à la garantie. Le garant n'a pu vouloir que le contregarant s'engage de façon différente qui lui-même. Cette

(24) Décision inédite 3.7. (25). Il s'agissait plus précisément d'une déclaration relative à la nomination de « curateurs ».

(25) En l'occurrence, il s'agissait d'une attestation déclarant le non remboursement par le débiteur principal d'un prêt bancaire.

(26) Décision 10.2.

(27) Décision 4.7.

(28) Décision 5.19.

(29) En ce sens, déjà le raisonnement développé par la doctrine et la jurisprudence autrichiennes (v. notre article déjà cité, 135, note (22); contra, le raisonnement du Bundesgerichtshof allemand dans sa décision pour un « cautionnement et écartier l'interprétation de garantie ».

(30) Décision 4.6. et 4.12.

(31) Outre la décision 3.6. et 3.8., la décision arbitrale 10.2. rendue en droit belge.

(32) V. dans le même sens, la décision américaine 4.10.

(33) ... et non le donneur d'ordre.

(34) Dans les droits belge et française (cf. le raisonnement de la décision arbitrale 10.2.), la référence à l'article 1156 permet d'écarter la référence à l'article 1162 qui pourrait être favorable au donneur d'ordre: « Dans le doute, la convention s'interprète contre celui qui a stipulé et en faveur de celui qui a contracté l'obligation ».

(35) De façon très claire, la décision 3.6. où le texte de la contregarantie était légèrement différent de celui de la garantie. Cf. aussi la décision 3.8.

(36) Le raisonnement n'est pas explicite dans la décision 3.8.

règle est appliquée par une décision grand ducale: « La garantie de premier rang étant une garantie à première demande, la contregarantie donnée par une banque luxembourgeoise est elle-même une garantie à première demande » (37). On notera cette première illustration de la prise de conscience jurisprudentielle de la spécificité de la contregarantie.

B. Les questions de droit international privé.

9. On distinguera à ce propos deux questions:

— celle de la compétence du juge saisi d'un litige ayant un caractère international;

— celle de la loi applicable à la solution de ce litige.

Le premier point soulève peu de commentaires. En pratique, il s'agit souvent de savoir si le juge du pays du donneur d'ordre et de sa banque, garante ou contregarante est compétent. La réponse est évidente. L'article 2 de la convention de Bruxelles du 27 septembre 1968 relative à la compétence et à l'exécution des décisions déclare compétente la juridiction de l'état du défendeur. Or le défendeur — que ce soit lors d'une action provisoire (référé, saisie-arrêt) d'interdiction de paiement ou lors d'une action en responsabilité bancaire pour paiement injustifié — est le banquier du donneur d'ordre. Quelques décisions (38) se réfèrent à ce principe pour déclarer compétent le juge du pays du donneur d'ordre, peu importe la nationalité du bénéficiaire (39).

10. La question de la loi applicable au contrat de garantie est rarement posée. A la suite de l'article 8 des règles uniformes de la C.C.I., la cour d'arbitrage de la C.C.I. (40) applique la loi du pays du garant; elle note que l'engagement a été souscrit en Belgique par une banque belge pour être exécuté en Belgique et doit donc être soumis à la loi belge. Deux décisions allemandes (41) justifient la même solution en se référant en outre à la langue utilisée (langue de la banque garante) et au fait que le donneur d'ordre était de même nationalité que le garant.

En cas de garantie émise par une banque étrangère, souvent la banque du pays du bénéficiaire, la loi applicable au contrat de garantie sera la loi étrangère sous réserve des exceptions d'ordre public imposées par le droit du tribunal saisi comme le rappellent deux décisions allemandes (42).

La jurisprudence récente aborde la question de la loi applicable au contrat

(37) Cf. la décision 6.2. La note de VASSEUR approuve le point de vue du juge luxembourgeois: « La solution est de bon sens ».

(38) Ainsi notamment les décisions 7.2, 1.10 et 5.16: « La juridiction compétente est celle du lieu où demeure le défendeur... » (décision 5.16).

(39) Dans l'affaire 9.5, le donneur d'ordre porta l'affaire directement devant le juge du banquier, défendeur de même nationalité que le bénéficiaire et non devant ses propres juridictions qui étaient aussi celles du contregarant.

(40) Décision 10.2; l'article 10 des règles et usances uniformes énonce « Si la garantie n'indique pas la loi qui la régit, la loi applicable est celle du lieu d'établissement du garant. Si le garant a plus d'un établissement, la loi applicable est celle du lieu de la succursale qui a émis la garantie ».

(41) Décision 1.2 et 1.10.

(42) Cf. à ce propos, infra n. 41, le raisonnement invoqué par certaine jurisprudence à propos de l'interdiction faite au contregarant de payer.

de contregarantie. On notera à ce propos l'existence de deux raisonnements différents (43):

— une décision allemande (44) se contente, suivant le principe déjà énoncé, de conclure que la loi applicable au contrat de contregarantie doit être fixée suivant le principe du lieu d'exécution. La loi applicable est alors la loi du pays du contregarant.

— une décision luxembourgeoise (45) estime à l'inverse, suivant en cela la théorie des groupes de contrats (46), que « le droit applicable à la contregarantie est le droit du créancier » à savoir le droit du garant.

C. La nature causale ou abstraite de la garantie automatique.

11. Si on définit l'abstraction de la garantie comme l'autonomie de l'engagement du garant par rapport à la force obligatoire des relations de base, c'est-à-dire le marché commercial et l'ouverture de crédit, on se gardera de lier la reconnaissance de l'abstraction de la garantie automatique à l'affirmation de la nature abstraite de cette institution (47). L'abstraction de la garantie se justifie tantôt par la cause de cet engagement, tantôt par sa nature abstraite. Il n'empêche que l'affirmation de la nature causale ou, au contraire, de la nature abstraite de la garantie automatique peut avoir certaines conséquences sur son degré d'abstraction.

12. On se limitera à une approche jurisprudentielle du sujet. Ainsi, suivant les pays, on notera:

— la jurisprudence anglo-saxonne — tout en affirmant l'abstraction de l'engagement du garant bancaire — ne s'inquiète pas de la nature abstraite ou causale de cet engagement.

— La jurisprudence germanique, occasionnellement (48), relève le caractère

(43) La plupart des décisions relatives à des contregaranties n'examinent pas la question.

(44) Cf. la décision 1.10; v. également mais implicitement la décision 1.13.

(45) Cf. la décision 1.10; v. également mais implicitement la décision 1.13.

(46) Cf. la décision 6.1. critiquée par VASSEUR (obs., D., 1981, I.R., 504).

(47) A ce propos, on notera la mise en garde de VASSEUR (*Rapport de Synthese, Actes du Colloque de Tours*, 332): « Il convient de se garder de lier la question du caractère causal ou non de l'engagement au caractère accessoire ou non de cet engagement par rapport au contrat de base. Ce serait mêler les choses et semer la confusion ». Dans le même sens, les réflexions de la doctrine autrichienne (Schinnerer et Koziol). Sur la justification de l'abstraction de la garantie automatique, lire notre thèse; *L'abstraction de la garantie bancaire automatique*, Louvain La Neuve, 1982 (à paraître).

(48) En Allemagne, les décisions 1.14 et 1.17 se contentent de parler de la garantie bancaire « abstraite » sans justifier le fondement de cette nature abstraite. La décision 1.13 note « L'obligation née d'une garantie de bonne exécution est fondamentalement abstraite. La banque garante doit être tenue à l'écart des litiges entre parties à l'opération d'exportation ». La décision 1.16 fonde l'abstraction sur la nécessité d'assurer la sécurité dans les opérations du commerce international. En Autriche, seule la décision 2.3 parle de la position « abstraite » dans laquelle se trouve le bénéficiaire de la garantie à première demande. Les autres décisions traitent de garantie « autonome » ou indépendante.

La jurisprudence germanique en parlant de garantie abstraite sous entend que la cause de l'engagement du garant est l'obligation du donneur d'ordre vis-à-vis du bénéficiaire.

abstrait de la garantie. Cependant, l'abstraction et le degré d'abstraction (Grad der Abstraktheit) de la garantie automatique, c'est-à-dire, selon la jurisprudence germanique, le fait que le caractère obligatoire de l'engagement du garant est détaché (losgelöst) du caractère obligatoire de la prestation du donneur d'ordre née de l'opération de base (Grundgeschäft), se justifient par la fonction, « le sens et le but » (Sinn und Zweck) de la garantie bancaire. La jurisprudence définit la fonction de la garantie comme celle de « permettre une réalisation rapide de la demande (Anspruch) fondée sur la garantie » (49) et « de maintenir la banque en dehors de tout litige entre le client et le bénéficiaire de la garantie » (50).

— La jurisprudence italienne (51) consacre l'abstraction de la garantie bancaire automatique mais à l'heure actuelle ne se prononce pas sur sa nature causale ou abstraite. On relèvera cependant, qu'à propos d'une « garantie » automatique émise dans le commerce national par une compagnie d'assurances au profit d'une banque (52), elle a eu l'occasion, premièrement, d'affirmer la nature causale de la garantie automatique et, secondement, de noter que l'abstraction de l'engagement se justifie par sa cause (53). Ces réflexions sont reprises par la doctrine italienne (54) lors de son analyse de la nature de la garantie automatique.

— La jurisprudence belge (55) a, jusqu'il a peu, défendu la thèse de la nature abstraite de la garantie bancaire automatique, nonobstant la condamnation par la cour de cassation des actes abstraits non prévus par la loi (56). Elle suivait en cela la

(49) A ce propos, la décision 1.17.

(50) ... « le rôle d'arbitre (Schiedsrichterrolle) de la banque est contradictoire avec l'essence de la garantie » (décision 1.10). Cf. également décision 1.17.

(51) Cf. l'attendu de la décision 7.4.: « S'agissant en l'espèce d'un contrat autonome, irrévocable et innommé de garantie, un tel contrat, à différence du cautionnement, est totalement privé d'accessorité et apparaît donc détaché (svincolato) du rapport entre donneur d'ordre et bénéficiaire, de telle sorte que le donneur d'ordre ne peut opposer au banquier — ni prétendre que ce dernier oppose au bénéficiaire — les exceptions nées de ce rapport de base ».

(52) Trib. civ. Milano, 15 juin 1978, inéd. et Milano, 4 mars 1980, cette Revue, 1981, II, 83.

(53) Cf. l'attendu du tribunal de Milan: « L'inopposabilité des exceptions relatives au rapport principal est un élément (momento) essentiel de la cause atypique (innommée) du contrat de garantie pure. Cette cause se caractérise par le fait qu'elle tranche (troncare) la relation entre le rapport principal et celui de garantie, et qu'elle se présente comme la réalisation d'exigences socialement appréciables ».

(54) Cf. l'exposé de MAZZONI, *Les garanties bancaires en droit italien, Actes du colloque de Tours*, 279 et s. (en particulier, 294) et les articles de Portale, en particulier *Fideiussione e « Garantievertrag »*, in *Le operazioni bancarie*, Giuffrè, Milano, 1978, II, 1054 et s.).

(55) Ainsi Trib. comm. Charleroi 16 mars 1972 (décision citée par Simont E. et Bruneel, *Chron. de droit bancaire privé, Rev. de la Banque*, 1980, 101), Trib. comm. Brux. 23 déc. 1980 (décision 3.5) et surtout la sentence arbitrale déjà citée (décision 10.2) rendue en droit belge: « ... le commerce et la pratique des affaires ont développé pour leurs propres besoins des actes légaux qui sont détachés de leur cause et fondés sur le principe d'autonomie de la volonté ».

La décision 3.7 estime l'examen de la nature de l'engagement bancaire inutile et la décision 3.2 refuse de suivre le défendeur qui avance « assez témérairement » que l'obligation du banquier prend un caractère « abstrait ».

(56) Cass. 13 nov. 1969, R.C.J.B. 1970, 13, note VAN OMMEGHE. L'argument est appliqué à la garantie bancaire à première demande par la décision 3.1.

doctrine belge (57) favorable à la nature abstraite de l'engagement bancaire. Contre cette tendance un arrêt récent de la cour d'appel de Bruxelles (58) se prononce en faveur de la nature causale de la garantie à première demande dont la cause ne peut être confondue avec celle de l'engagement du donneur d'ordre envers le bénéficiaire. La cause de la garantie y est définie comme « la volonté du garant d'exécuter son engagement envers le donneur d'ordre, en vue notamment de percevoir les commissions qui lui sont dues par celui-ci » (59).

La jurisprudence française (60) à la suite de la doctrine (61) affirme la nature causale de la garantie bancaire (62). La définition qu'elle donne de la cause est tantôt objective: la cause est alors définie comme le marché commercial de base indépendamment de sa force obligatoire (63), tantôt subjective: la cause est « le désir et la volonté (de l'exportateur) de réaliser son marché » (64). La nature causale de la garantie permet à la jurisprudence de justifier certaines limites à son abstraction:

1) la garantie ne peut être appelée qu'à propos de difficultés relatives au marché commercial garanti (65);

Il conduit le juge à rejeter la validité de cette pratique bancaire et à sa requalification en cautionnement: « Aucune disposition ne permet en Belgique de créer une garantie abstraite ».

(57) A ce propos les réflexions de VELU (*Les garanties à première demande en droit belge, Actes du Colloque de Tours*, 230 et s. et les références aux travaux de VAN OMMESSLAGHE, VAN LIER, VAN RIJN et HEENEN).

(58) Cf. la décision 3.8. Cet arrêt réformant la décision 3.2 consacre la validité de la garantie bancaire à première demande et sa nature causale.

(59) On relèvera incidemment que la même définition de la cause permettait à Madame Velu d'affirmer la nature abstraite de la garantie!

(60) Cf. à ce sujet les décisions 5.13, 5.1', 5.16, 5.17 et 5.18; contra, la décision 5.12: « ... la garantie s'analyse ... comme un engagement abstrait devant jouer d'une façon détachée, par rapport aux relations existant entre les signataires du marché commercial de base ».

(61) A ce propos, les écrits de VILLEREY, VASSEUR, BERLIOZ, GAVALDA et STOUFFLET.

(62) La nature causale de la garantie automatique est présentée par la cour d'appel de Paris, le 15 juin 1973 (décision 5.2) comme une condition de reconnaissance de la validité de cette pratique: « S'il en était autrement, cet engagement serait sans cause et sans effet en vertu de l'article 1131 du code civil » (Comp. le raisonnement de la Cour de Cassation belge repris note 56).

(63) Comp. la définition de la cause de la garantie d'exécution donnée par DUBISSON: la cause de l'engagement du garant « réside dans la seule signature du contrat principal et non pas dans son exécution ou inexécution, le lien entre la garantie et l'existence d'un contrat demeure mais il n'y a plus aucun lien entre la garantie et les obligations que ce contrat met à charge de l'exportateur ». (*Le droit de saisir les cautions de soumission et les garanties de bonne exécution*, D.P. C.I., 1977, 445).

(64) Cette définition de la cause de la garantie est donnée par la cour d'appel de Riom (décision 5.13).

(65) Cf. la décision 5.8 que Villerey (art. cité, 273) interprète comme suit: « Même fournie à première demande, la garantie est donnée à propos d'une obligation principale contractée par une personne déterminée. Cette garantie ne peut être invoquée — et il ne s'agit là que d'aspects particuliers de la notion de cause — par le bénéficiaire, qu'au titre de l'obligation et de la personne visée par la garantie ».

2) la résiliation, la disparition du marché garanti justifient l'extinction du contrat de garantie (66).

13. Ce tour d'horizon jurisprudentiel illustre les incertitudes relatives non seulement à la nature de la garantie bancaire à première demande, mais en outre celles relatives à la définition de la cause (67) et aux conséquences de la reconnaissance de la nature causale de la garantie (68). Les partisans de la théorie de l'acte abstrait consacrent l'abstraction de la garantie automatique sans pouvoir expliquer ses limites, les partisans de la théorie de la cause, sans remettre en cause l'abstraction de la garantie, cherchent à justifier voire à accroître les limites de l'abstraction.

II. LES DROITS ET DEVOIRS DU BANQUIER EN MATIÈRE DE GARANTIE AUTOMATIQUE.

14. On peut distinguer les droits et devoirs du banquier garant ou contre-garant à plusieurs étapes du déroulement de l'opération de garantie à savoir:

- les devoirs du banquier lors de la délivrance de la garantie;
- les devoirs du banquier lors de l'appel à la garantie;
- les droits du banquier après le paiement de la garantie.

A. Les devoirs du banquier lors de la délivrance de la garantie.

15. La responsabilité de la banque lors de la délivrance de la garantie peut être mise en cause pour défaut d'information ou de conseils dans la rédaction des clauses de garantie. Dans une affaire jugée par la cour d'appel de Paris (69), le donneur d'ordre d'une garantie de bonne exécution reprochait à la banque de ne

(66) En ce sens,

— l'ordonnance du tribunal de commerce de Paris du 24 mars 1981 (décision 5.17) qui rejette la demande d'interdiction du paiement pour absence de cause au motif que le marché est toujours en cours.

— l'arrêt de la cour d'appel de Paris du 29 janvier 1981 (décision 5.16) qui retient l'argument suivant: « Considérant que, sans doute, l'annulation du contrat de base entraînerait celle de la lettre de garantie dont il constitue en effet la cause; ... » mais le déclare non fondé en l'espèce.

— la seconde ordonnance du tribunal de commerce de Paris du 24 mars 1981 (décision 5.18): « S'il est acquis que les engagements (du donneur d'ordre) ont été remplis, la cause du contrat de garantie à disparu et ce contrat de garantie se trouve ainsi annulé ».

(67) La cause, soit est, l'obligation née du contrat de base à charge du donneur d'ordre et en faveur du bénéficiaire de la garantie (droit allemand), soit s'identifie avec la fonction de la garantie (droit italien), soit se conçoit comme l'exécution de l'ouverture de crédit consentie au donneur d'ordre par le garant (droit belge), soit enfin se confond avec le marché commercial (droit français).

(68) V. la reprise par VASSEUR du propos GUESTIN « L'utilisation que fait la pratique ... de la notion de cause conduit à douter de sa valeur. L'obscurité de cette notion, la diversité de ses définitions selon la fonction qu'elle est appelée à remplir en font la providence des plaideurs, et parfois de juges, en peine d'arguments juridiques ». (VASSEUR, *note sous Trib. comm. Paris, 24 mars 1981*, D. 1981, J., 488).

(69) Décision 5.7.

pas avoir attiré son attention sur les dangers de l'émission d'une garantie automatique. En l'espèce, le juge estima le reproche non fondé (70).

Si la responsabilité bancaire à ce propos est rarement soulevée, c'est peut-être, comme le note un arrêt autrichien (71), parce que « tout administrateur expérimenté se doit de connaître la différence essentielle entre cautionnement accessoire et garantie autonome ».

B. Les devoirs du banquier lors de l'appel à la garantie.

16. Avant d'aborder différentes facettes des devoirs du banquier et en précisant d'emblée que toutes ne sont pas rencontrées par la jurisprudence (72), on rappellera le principe fondamental de la *neutralité du banquier*. Ce principe, déjà dégagé par la jurisprudence à propos du crédit documentaire, est étendu à la garantie automatique et limite d'emblée la responsabilité bancaire. Il n'exclut pas la possibilité pour le donneur d'ordre de chercher à interdire le paiement de la garantie par des procédures juridictionnelles rapides comme nous le montrerons au point III.

Le principe de la stricte neutralité du banquier garant par rapport aux litiges ou controverses nés de l'opération commerciale de base a été énoncé par les jurisprudences de tous les pays avec plus ou moins d'intensité. On rappellera à ce propos, la sentence de Lord Denning dans la célèbre affaire Owen (73): « This leads to the conclusion that the performance guarantee stands on a similar footing to a letter of Credit. A Bank which gives a performance guarantee must honour that guarantee according to its terms. It is not concerned in the least with the relations between the supplier and the customer; nor with the question whether the supplier is in default or not. The Bank must pay according to its guarantee, on demand, if not stipulated, without proof or conditions. The only exception is where there is a clear fraud of which the Bank has notice » (74).

Le principe de la stricte neutralité bancaire s'appuie tant sur la fonction de la garantie bancaire qui doit « assurer au bénéficiaire une exécution sûre et rapide de la prétention du donneur » que sur le respect de l'intérêt du banquier à ne pas voir entacher sa réputation. Comme le notent plusieurs décisions germaniques (75), « il est évident, que d'autres principes doivent valoir, ajoute l'Oberlandsgericht de

Franco. (76), en cas de comportement manifestement frauduleux du bénéficiaire ». Dans un tel cas, le banquier n'a pas à craindre que sa réputation soit ternie (77) et doit refuser le paiement (78). Un refus de paiement en dehors de ce cas entraîne la responsabilité bancaire vis-à-vis du bénéficiaire comme le décide la cour d'appel de Paris (79): « Considérant qu'en méconnaissant ainsi le caractère autonome de la garantie par elle émise, la banque a manqué à son obligation; considérant que la résistance opposée par la banque au paiement de sa dette ne repose sur aucun moyen sérieux apparaît purement dilatoire et relève de la mauvaise foi, qu'elle présente ainsi un caractère abusif ».

L'Oberlandsgericht de Hambourg, le 7 juillet 1977 (70), au nom du même principe, dénia à la banque, même cessionnaire des droits du donneur d'ordre, la possibilité de s'opposer au paiement du bénéficiaire.

17. En conclusion, suivant le principe de stricte neutralité, le banquier doit honorer sa signature sauf le cas de fraude manifeste connue par lui. On s'interrogera sur le sens à donner à la notion de fraude manifeste et sur les devoirs d'investigation du banquier à ce propos. On connaît le point de vue du juge anglais (81): « Il n'est pas suffisant d'alléguer la fraude; elle doit être établie et je dirais même clairement établie ». Von Westphalen (82) résume l'opinion des tribunaux allemands de la même façon: « Le caractère non fondé de la demande doit être clair et non contestable de telle sorte qu'il s'avère que ce n'est point une interprétation divergente des dispositions contractuelles mais un écart évident, voire un comportement consciemment frauduleux du bénéficiaire qui ont déterminé sa demande ».

18. Les jurisprudences belge et grand-ducale ont le mérite de préciser l'étendue du devoir du banquier d'examiner l'existence d'une fraude manifeste. Une décision du tribunal de commerce de Bruxelles du 11 mars 1981 (83) énonce à ce propos le principe suivant: « le garant ne doit ni ne peut examiner si les obligations des parties ont bien été exécutées, si elles sont encore existantes et si elles ont été contractées valablement ». Elle affirme cependant l'obligation pour le garant

(76) Décision 1.3.

(77) Décision 1.15: « Un tel comportement des banques (le refus de payer) dans des cas aussi extrêmes ne remet pas en cause leur réputation ».

(78) Décision 1.15, 1.16, 1.17 et 2.4: « Sur base du contrat de mandat (Geschäftbesorgungsvertrag) entre garant et donneur d'ordre, le garant, en cas d'appel abusif est obligé (verpflichtet) de soulever cette exception et de refuser le paiement ».

(79) Décision 5.16: « Considérant qu'en méconnaissant ainsi le caractère autonome de la garantie par elle émise, la banque a manqué à son obligation; considérant que la résistance opposée par la banque au paiement de sa dette ne repose sur aucun moyen sérieux apparaît purement dilatoire et relève de la mauvaise foi; qu'elle présente ainsi un caractère abusif ».

(80) Décision 1.7. La jurisprudence allemande s'était prononcée dans le même sens à propos du banquier apporteur d'un crédit documentaire et cessionnaire du contrat de base (BGH. 18 sept. 1958, J.Z., 1959, 364, obs. Von Caemmerer).

(81) Avis de Lord Denning in 9.4.

(82) Von Westphalen (Graf) von, *Neue Tendenzen der Bankgarantien*, W.M., 1981, 294.

(83) Décision 3.6. Comp. la décision allemande 1.13: « Il est impossible pour la banque d'approfondir toutes les particularités de chaque opération ».

(70) La banque avait en effet proposé que la garantie ne soit appelable qu'en cas de non-embarquement et non « à première demande ».

(71) Décision 2.1 (à noter que la décision date de 1964); Comp.: « Le banquier ne manque pas à son devoir de conseil envers sa clientèle en n'attirant pas son attention sur les conséquences et la portée des engagements qu'elle souscrivait, la lettre de garantie étant suffisamment explicite à cet égard » (décision 3.8).

(72) On s'étonnera de ne trouver aucune décision

1) relative au *devoir d'information* du garant ou du contre-garant vis-à-vis du donneur d'ordre; lors de l'appel à la garantie ou la contre-garantie;

2) relative aux *relations entre garant et contre-garant* (ainsi, le garant peut-il débiter d'office le contre-garant; le contre-garant peut-il exiger une preuve de la réclamation du bénéficiaire et de son paiement?);

3) relative à des *demandes de prorogation*.

(73) Décision 9.4.

(74) Même attendu dans les affaires 9.2 et 9.3. Le raisonnement est repris de la jurisprudence anglo-saxonne relative au crédit documentaire.

(75) Cf. en particulier, les décisions récentes 1.13, 1.16 et 1.17.

de procéder à un « examen sommaire » de la demande à différents points de vue. « Concerne-t-elle le marché garanti? » « Est-elle conforme aux clauses de l'acte de garantie? ». Une décision antérieure du même président du même tribunal (84) fondait comme suit ce devoir d'examiner sommairement le demandeur: « Attendu en effet que le garant d'abord — et non le juge — doit veiller à trouver un équilibre entre le droit du bénéficiaire d'appeler la garantie même si l'exécution faisait l'objet de contestations entre parties et l'inéquité qui consisterait à reconnaître au bénéficiaire ce droit alors même que sa mauvaise foi ne pourrait échapper au garant ».

Que faut-il entendre par examen sommaire? Une décision grand-ducale en donne une définition négative: « S'il s'avère nécessaire pour établir la mauvaise foi du bénéficiaire de requérir la production de preuves supplémentaires, de procéder à des mesures d'instruction ou d'appeler des tiers à la cause, la prétention du donneur d'ordre doit être rejetée » (85). Ainsi, il ne peut être question de demander à la banque au nom de la sauvegarde des intérêts du donneur l'ordre dont elle serait le mandataire (86) un réel examen du bien-fondé de l'appel à la garantie. Cela irait à l'encontre des exigences de liquidité de la garantie bancaire. Tout doute même minime quant à la fraude du bénéficiaire oblige le banquier à ne pas s'opposer au paiement (86-bis).

(84) Décision 3.5.

(85) Décision 6.1. Une décision américaine (4.13) laisse à la banque garante un délai de 3 jours au cas où il y aurait appel à la garantie pour déterminer si l'appel est fondé ou non et pour avertir le donneur d'ordre. Cette décision se fonde sur une application analogique de l'article 8 d des règles uniformes relatives au crédit documentaire qui laisse au banquier « un délai raisonnable pour déterminer si les documents sont conformes et dès lors s'il paiera ».

(86) Cet argument présenté par les donneurs d'ordre est explicitement rejeté par la jurisprudence allemande (décision 1.16).

(86-bis) On notera à ce propos quelques attendus:

— celui de l'Oberste Gerichtshof autrichien du 4 mai 1977 (décision 2.4):

« Quand la demande de la prestation garantie constitue un abus, alors seulement est ouvert à la banque le droit de refuser le paiement. Mais qu'on ne s'y méprenne pas. Le seul fait que le donneur d'ordre affirme que l'appel à la garantie est fait à tort d'après la convention entre lui et le bénéficiaire, ne fait pas, de soi, apparaître l'abus de droit. Si la banque, à l'inverse, a des moyens de preuves « liquides et évidents » (liquide und eindeutige) que le cas où la garantie doit intervenir n'est pas arrivé ou que le droit à appeler le contrat de garantie n'existe pas juridiquement dans le chef du bénéficiaire, il y a alors abus évident lorsque le bénéficiaire réclame le paiement. Dans l'intérêt de la sécurité du commerce, il faut exiger que la fraude soit évidente »;

celui de l'Oberlandsgerichtshof de Saarbrücken du 23 janvier 1981 (décision 1.17):

Comp.: « Des exceptions tirées de l'opération de base ne peuvent affecter fondamentalement les obligations nées d'une garantie bancaire abstraite. Si l'appel à la garantie est frauduleux (rechtsmissbräuchliche) et présente un cas d'abus de droit (unzulässiger Rechtsausübung) la banque garante est obligée dans son rapport avec son client de ne pas payer la garantie.

Un comportement frauduleux n'est à affirmer (bejahen) qu'en cas de comportement dolosif et en outre quando manifestement l'événement garanti n'est pas arrivé. Le droit de refuser de la banque présuppose que cet abus était connu de la banque — il doit exister des fondements solides pour (la preuve) du dol — et prouvable sans difficultés. La banque ne peut être entraînée dans des procès à l'issue incertaine ». (O.L.G. Saarbrücken, 23 janv. 1981, W.M., 275; RiW/AWD, 1981, 338 et s.).

19. Pour illustrer cette interprétation restrictive de la fraude, on citera d'abord les différentes décisions jurisprudentielles relatives à des garanties de bonne exécution données pour des contrats de fourniture simples. Il arrive en effet que la garantie soit appelée alors que certains documents exigés par le bénéficiaire de la garantie dans le cadre d'un crédit documentaire émis pour le paiement du donneur d'ordre attestent une apparente bonne exécution (87). Plusieurs décisions concernent de tels faits. On relèvera, parmi celles-ci, l'arrêt de la cour d'appel d'Amsterdam du 30 mars 1972 (88).

En l'occurrence, un exportateur hollandais avait vendu à un acheteur égyptien un lot de pommes de terre de semence. Le paiement devait être réalisé par crédit documentaire, un document certifiant que le navire était adapté au transport de la marchandise. L'acheteur exigeait en contrepartie une garantie de bonne exécution. Il appela la garantie, la marchandise étant, selon ses dires, avariée par le transport. La banque paya nonobstant les protestations du donneur d'ordre de la garantie. Ce dernier affirmait que le document prévu pour le paiement établissait non seulement la fraude manifeste du bénéficiaire appelant la garantie mais en outre la connaissance par le banquier de cette fraude et dès lors sa responsabilité. La cour refuse de donner d'ordre, « Suivant la lettre de crédit, estiment les juges hollandais, l'exportateur était obligé d'expédier les pommes de terre "by" suitable steamers..., electrically ventilated ». « Ce certificat produit par l'exportateur n'exclut pas que le navire était néanmoins inadapte au transport des pommes de terre ». On notera qu'en cas le bénéficiaire égyptien avait produit, à l'appui de ses dires, un certificat des services phytosanitaires constatant que la marchandise était avariée (89).

La même conception restrictive explique ensuite que les pays anglais (90) aient

(87) A ce propos, nos réflexions sur la complémentarité du crédit documentaire et de la garantie (*Presentation et définition des garanties en Europe, Actes du Colloque de Tours, Paris, 1981, 17 et s.*).

(88) Outre la décision néerlandaise (8.1), on citera la décision du Landsgericht de Francfort du 29 novembre 1979 (décision 1.12): certificat sanitaire donné pour la livraison de bétail soi-disant contaminé; la décision de l'Oberlandsgericht de Saarbrücken du 23 janvier 1981 (décision 1.17): certificat de qualité donné pour la livraison de verres; la décision du tribunal de commerce de Bruxelles du 21 novembre 1979 (décision 3.2): certificat de conformité et de qualité délivré par une firme d'experts à l'appui d'une livraison de fournitures; la décision de la Queen's Bench Division (Same v. Same and Others) le 27 janvier 1977, 5 (décision partie de la décision 9.2): certificat d'analyse donné à l'appui d'une livraison de charbon; décision française à propos de l'affaire Delbard (décision 5.13 et 5.15): certificat agricole donné pour l'exportation d'arbres fruitiers.

(89) On peut se demander quelle aurait été la position des juges hollandais en l'absence de ce certificat des services de l'administration égyptienne.

Dans les autres décisions citées note 88, on peut noter que les décisions allemandes estiment que le certificat n'exclut pas tout vice de la chose livrée, que les décisions françaises prennent soin de noter; que le bénéficiaire iranien avait refusé un traitement préventif supplémentaire et tout contrôle contradictoire et ne refusait d'octroyer d'interdiction de paiement dans la mesure où le bénéficiaire n'avait pas encore in casu appelé la garantie. Par contre, le tribunal bruxellois retient la responsabilité bancaire et s'appuie, pour ce faire, à la fois sur la production du document et sur la constatation que certaines avaries à la marchandise étaient dues au transport dont la responsabilité incombait au bénéficiaire.

(90) V. la décision 9.4 mais aussi la décision Harbottle Coalco Ltd. and Cie. v. Same and Cie (décision 9.2) où le donneur d'ordre plaide qu'il ne pouvait y avoir de lettre de garantie valide sans que la lettre de crédit nécessaire au paiement

refusé de considérer comme fraude manifeste connue du banquier, l'appel à la garantie fait par un bénéficiaire refusant d'ouvrir les crédits documentaires prévus pour le paiement du donneur d'ordre de la garantie.

Les cas particuliers.

En ce qui concerne le devoir limité d'examen du banquier lors de l'appel à la garantie, la jurisprudence relève trois cas particuliers.

a) Les « documents ».

20. Sans devenir de véritables garanties « documentaires », certaines garanties peuvent exiger, comme condition de leur appel, la remise de certaines déclarations (statements) du bénéficiaire. Dans ce cas, les banques sont tenues de vérifier la stricte conformité du « document » reçu et de celui prévu par la clause de garantie. Ce principe du formalisme documentaire déduit de l'article 7 des règles et usances relatives aux crédits documentaires (91) est étendu aux garanties.

21. L'extension du principe est évidente aux Etats-Unis. On connaît la pratique américaine d'émettre les garanties bancaires sous forme de lettre de crédit (92). Deux décisions (93) illustrent la rigueur du principe :

— Dans l'affaire *Insurance Cy of North America* (94), il fut considéré que l'attestation écrite suivant laquelle « la responsabilité (liability) du donneur d'ordre était toujours en vigueur » n'était pas équivalente à une attestation écrite « mon-

nit été préalablement émise. Dans cette seconde décision, le bénéficiaire égyptien affirmait que nonobstant le défaut d'ouverture de la lettre de crédit, le paiement au donneur d'ordre avait été fait par d'autres voies, la banque n'étant pas dès lors en mesure de vérifier cette allégation.

Il est nécessaire de distinguer l'hypothèse ici visée de non ouverture du crédit documentaire de celle de non paiement des crédits documentaires, hypothèse qui sera étudiée, infra n. 43.

(91) L'article 7 des R.U. énonce : « Les banques doivent examiner tous les documents avec un soin raisonnable pour s'assurer qu'ils présentent l'apparence de conformité avec les conditions du crédit ». On connaît l'interprétation qui a été donnée à cet article et qui peut se résumer : « There is no room for documents which are almost the same, or which will do just as well ».

(92) A ce propos notamment, l'article de GRAHAM-MATICEK, *The Law and Practice relating to the Use of Letters of Credit and Performance Bonds in securing contractual performance in Canada and the United States*, Actes du colloque de Tours, 49 et s. et celui de HARFIELD, *The Standby Letter of Credit Debate*, 94 *Banking L.J.*, 293 (1977).

(93) D'autres décisions évoquent le principe ; ainsi, les décisions 4.2, 4.4 et 4.8. On citera l'attendu de la dernière décision : « C'est la loi du crédit documentaire que ces termes et conditions doivent être strictement respectés et qu'aucune divergence ne peut apparaître avec une quelconque de ses exigences. Les termes de la lettre de crédit constituent un accord entre bénéficiaire, donneur d'ordre et banque. Si la banque paie sur base de documents non conformes à la lettre de crédit, elle en est responsable vis-à-vis de son client ».

(94) Décision 4.10. Un attendu affirme : « en aucune manière, les faits ne peuvent fournir d'excuse à une « non stricte conformité » avec les termes de la lettre de crédit... L'utilité et les avantages de la pratique de la lettre de crédit seraient considérablement remis en question si on devait accepter moins qu'une stricte conformité avec les termes de la lettre de crédit ».

trant avec évidence (evidencing to effect that) que la compagnie d'assurances (le bénéficiaire) n'avait pas reçu remboursement du prêt ».

— Dans l'affaire *Chase Manhattan Bank* (95), le fait que le bénéficiaire n'avait pas employé le mot « défaillance » (default), mot employé dans les conditions de la lettre de crédit, fut considéré comme excluant le paiement de la banque, même si le bénéficiaire affirmait que « le client n'avait pas rempli sa prestation ».

Les jurisprudences anglaise et belge relatives à la garantie se font l'écho du même principe. Dans l'affaire *Owen* (96), Lord Denning estime que le banquier ne doit payer que « si les documents sont en ordre et les termes du crédit remplis » (97). Le juge français (98) interdit, en l'absence de justification donnée par le bénéficiaire, le paiement bancaire d'une garantie payable sur base d'une « demande justifiée ».

On citera enfin deux interprétations moins strictes du principe : la première ressort d'une décision belge (99) où le banquier avait payé moyennant la déclaration par le bénéficiaire de la nomination d'un « receiver and manager » pour la liquidation des biens du débiteur. La clause de garantie prévoyait le paiement sur base d'une déclaration de réclamation et de réalisation des biens du débiteur. Le banquier ne fut pas jugé responsable du paiement de documents non conformes. La seconde, allemande, autorise le paiement bancaire d'une garantie payable sur base d'un document arbitral alors que le bénéficiaire en l'occurrence remettait un jugement coulé en force de chose jugée (100).

b) La demande tardive.

22. Lorsque la clause de garantie prévoit que la demande de paiement doit être faite en deans un délai déterminé et n'a pas été prorogée, le banquier doit-il payer en cas de demande tardive ? La jurisprudence (101) le nie. On notera en particulier une décision allemande (102). En l'occurrence, le bénéficiaire libanais d'une garantie de bonne fin réclamait le paiement de celle-ci. Vu la guerre civile au Liban, le télex d'appel fut émis et reçu trois jours après la date d'expiration de validité de la garantie. Les juges allemands refusèrent le paiement de la garantie pour ce motif.

Dans une affaire iranienne (103), les juges américains au contraire accordèrent une prorogation malgré une demande tardive, dans la mesure où ce retard était

(95) Décision 4.4.

(96) Décision 9.4.

(97) Comp : « Le bénéficiaire ne peut évidemment invoquer la garantie que dans les limites tracées par l'acte par lequel la garantie est consentie » (décision 3.6.). V. également la décision 3.2 où les règles relatives au crédit documentaire sont explicitement évoquées.

(98) Décision 5.17.

(99) Décision 3.7.

(100) Décision 1.7.

(101) Décision 1.8 ; décision 1.10 ; décision 5.6 (à propos de la garantie de restitution d'acompte).

(102) Décision 1.10 (Dans une affaire française, décision 5.6., la garantie avait été également appelée en-dehors du délai de validité mais les juges ne retinrent pas le fait).

(103) Décision 4.11.

causé par la guerre civile en Iran. On notera qu'en cas, le retard concernait l'appel à la contregarantie et non l'appel à la garantie.

Cette nuance est importante. Les juges allemands, en cas de contregarantie, n'exigent pas que l'appel de celle-ci ait lieu dans les délais. L'Oberlandsgerichtshof de Stuttgart le 11 février 1982 (104) estime en effet: « Le donneur d'ordre de la garantie ne peut s'opposer au paiement de la banque allemande appelée tardivement en contregarantie... même lorsque cette banque doit payer après l'écoulement du délai de garantie convenu ».

A ce propos, on rappellera la solution proposée pour le crédit documentaire. « En cas d'expiration d'un crédit pendant une telle interruption (interruption de l'activité de la banque provoquée par des émeutes, troubles civils, insurrections, guerres, et autres cas de force majeure, ...) les banques n'effectueront aucun paiement, aucune acceptation ou négociation postérieurement à l'expiration, sauf autorisation expresse à cet effet ». (105).

c) *Le cas de la garantie de restitution d'acompte réductible au fur et à mesure de l'exécution des travaux.*

23. On connaît la particularité de certaines garanties, principalement les garanties de restitution d'acompte, de pouvoir être réduites au fur et à mesure de l'avancement des travaux.

Certes, bien souvent, la bénéficiaire n'appelle pas l'entièreté de la garantie (106) mai que ne passera-t-il s'il le fait

L'arrêt de la cour d'appel du 31 mars 1978 répond à cette interrogation; une société conclut avec l'Etat syrien un contrat de vente international, prévoyant que 20 % du prix seraient payés d'avance, mais contre garantie d'une banque étrangère de premier ordre, confirmée par une banque syrienne. Cette garantie, devant être automatiquement libérée « au fur et à mesure du prorata des embarquements », fut appelée pour sa totalité. La banque garante estimait devoir payer la totalité. La cour fait droit à la demande du donneur d'ordre et interdit le paiement. Elle juge le garant responsable de ne pas avoir tenu compte de la clause de réduction. Il faut noter — et les juges le constatent — qu'en l'occurrence, la clause n'emportait aucune difficulté réelle d'exécution de la garantie promise puisque le règlement des marchandises expédiées se faisait par un circuit bancaire en sens inverse (crédits documentaires) (107).

On peut se demander quelle aurait été la position des juges en l'absence de documents établissant avec évidence l'avancement des travaux — ce qui est bien souvent le cas.

(104) Décision 1.10. (cf. aussi la décision 1.8.).

(105) Article 11 des règles et usances relatives au crédit documentaire.

(106) Ainsi notamment dans la décision 3.3., la garantie de restitution d'acompte avait été appelée partiellement ce qui n'empêchait pas le donneur d'ordre de contester le montant appelé.

(107) Décision 5.4. confirmée par l'arrêt de la Cour de cassation le 3 mars 1980 (arrêt inédit).

C. *Les droits du banquier après le paiement de la garantie.*

24. Le recours du banquier (108) après le paiement de la garantie peut se concevoir soit contre le donneur d'ordre (ou son assureur), soit contre le bénéficiaire, comme le note une décision belge récente (109).

Contre le donneur d'ordre, la question essentielle est celle du débit d'office. Dès le paiement, le banquier peut-il débiter le compte du donneur d'ordre et appliquer à l'éventuel solde négatif les intérêts conventionnels. Suivant le principe que « la relation banquier-client est régie par le texte de l'ordre de garantie » (110) on affirmera la validité du débit d'office (111) quitte au donneur d'ordre à agir ultérieurement pour paiement non fondé (112).

25. En ce qui concerne le recours contre le bénéficiaire, la décision du Bundesgerichtshof allemand du 2 mai 1979 (113) a le mérite d'apporter une précision. Considérant que la clause à première demande est une clause de paiement immédiat sous réserve de recours ultérieurs, elle sous entend que le recours du banquier peut avoir lieu même en dehors des cas de fraude du bénéficiaire chaque fois que le paiement a eu lieu sans cause au regard de la convention de base.

III. LE DROIT POUR LE DONNEUR D'EMPÊCHER LE PAIEMENT.

26. Le donneur d'ordre peut chercher à empêcher le paiement de la garantie par deux sortes de mesures provisoires.

Une première, le *référé*, est générale; elle n'est pas du ressort exclusif du judiciaire mais peut être arbitrale. Elle aboutit à des mesures variées: interdire le paiement, le suspendre, nommer un séquestre (114), déclarer le non-droit du

(108) Nous n'envisagerons pas la question du recours contre l'assureur-crédit du donneur d'ordre.

(109) Décision 4.2. Le texte de la demande de garantie est généralement libellé comme suit: Il est bien entendu que vous (le donneur d'ordre) nous autorisez irrévocablement à exécuter notre engagement de garantie dans les conditions prévues à première demande du bénéficiaire, votre compte en nos livres pouvant être débité d'office de tous mandats, en principal, intérêts et frais quelconques que nous serions amenés à décaisser du chef de notre engagement. Si à la suite de pareil débit, votre compte en nos livres devenait débiteur, un intérêt au taux fixe de x % par mois, vous serait décompté, jusqu'à ce qu'il redevienne créditeur ».

(111) En ce sens, les décisions hollandaise (8.1), française (5.1), belges (3.1 et 3.2) et allemande (1.16 et 1.18). Dans l'affaire 3.1, la validité du débit d'office n'est pas contesté mais bien le caractère justifié du paiement. Dans l'affaire 3.7, le débit fut contesté non en soi mais in casu, faute de convention d'ouverture de compte-courant.

(112) « Finalement, les paiements effectués n'empêchent nullement des recours ultérieurs du garant contre le donneur d'ordre ou le bénéficiaire » (décision 3.6).

(113) Décision 1.11 (décision déjà analysée supra n. 6). Sur le même thème, onnotera l'hésitation des juges autrichiens: « En ce qui concerne la réclamation de la somme garantie, la doctrine discute la question de savoir si la banque qui a payé peut réclamer la somme au bénéficiaire, lorsque celui-ci a fait appel à tort à la garantie. Le recours est affirmé par certains, nié par d'autres ».

(114) En ce sens, la décision 5.18 qui nomme un huissier séquestre des

bénéficiaire ou du garant, etc. A notre procédure du référé, correspond l'injonction anglo-saxonne, l'Einstweilige Verfügung germanique, le provvedimento d'urgenza italien, le korte Geding neerlandais.

Avant d'étudier le domaine de ces deux mesures, il importe de s'interroger d'une part sur leur admissibilité, d'autre part sur leur éventuelle exclusion conventionnelle?

27. Le juge des référés ou le juge des saisies est-il compétent à ordonner une mesure des référés? L'urgence et le caractère provisoire de la demande sont en effet des conditions de leur compétence. Ces conditions sont-elles remplies? La question est posée par une ordonnance luxembourgeoise (115). En l'occurrence, une société luxembourgeoise cherchait à empêcher le paiement d'une garantie bancaire automatique émise au profit d'une société égyptienne. La banque luxembourgeoise s'opposa à la demande en plaçant l'incompétence du juge des référés à la fois pour défaut d'urgence et pour jugement au fond.

Le président du tribunal luxembourgeois admet l'urgence: « les circonstances de la cause font apparaître la mesure du blocage sollicitée comme urgente pour la sauvegarde des intérêts des deux demandeurs ». En matière de garantie automatique, l'urgence, le "periculum in mora", sera facilement admise. Elle ressort, comme le notent les prêteurs italiens, à la fois de la crainte, fondée dans le chef du donneur d'ordre, d'un recours immédiat de la banque — et « de la difficulté évidente d'une action menée à l'étranger pour récupérer une somme qui serait immédiatement payée » (116). En toute hypothèse, le caractère d'urgence est soumis à l'appréciation souveraine du juge de la mesure provisoire (117). Ainsi, le président du tribunal de commerce de Bruxelles a pu estimer que le défaut d'urgence résultait de la passivité de la banque belge à répondre à l'appel de la contre-garantie (118).

28. Par contre, le président retient le second motif, « Attendu qu'il résulte que la demande de blocage formée par le donneur d'ordre appelle l'examen de ces questions qui ressortent exclusivement de la compétence du juge du fond, telles de savoir si l'entrepreneur ou le donneur d'ordre peut empêcher, même temporaire-

documents d'appel à la garantie jusqu'à ce qu'il ait été statué par décision de justice et la décision 5.14 où c'est la somme appelée qui est séquestrée.

(115) Décision 6.1.

(116) On notera en particulier les attendus suivants: « Est fondée la crainte de perdre les garanties émises à l'appui de l'ouverture de crédit et donc existe la condition de la saisie arrêt, lorsque le bénéficiaire a une nationalité et des sièges extérieurs et ne dispose pas de biens en Italie (Trib. civ. Milano, 26 janvier 1979, *Foro pad.*, 1979, I, 244).

« Dans le référé, l'irréparabilité du dommage, condition pour l'octroi de la mesure, peut être l'évidente difficulté d'une action à l'étranger menée de sorte à réclamer la restitution de la somme payée indûment » (décision 7.1.).

Le même raisonnement est développé en Allemagne dans les décisions 1.13 et 1.15).

(117) Décision 3.4 et 3.8.

(118) Décision 3.5: « En l'espèce, il n'y a pas urgence; ... Attendu en effet que la première défenderesse reste actuellement passive vis-à-vis des demandes faites par la deuxième défenderesse, celle-ci ne disposant pas, à l'heure actuelle, d'un titre exécutoire ». Cet attendu de l'ordonnance est dangereux. Signifie-t-il que le contre-garant peut (ou doit?) exiger du garant la production d'un titre exécutoire comme condition à tout paiement?

ment, le paiement de la garantie par le banquier au maître de l'ouvrage; qu'en octroyant la demande, le juge non seulement porterait préjudice au fond, mais déciderait le fond lui-même » (119).

Le raisonnement du juge luxembourgeois ne convainc pas. « Si le juge des référés ne peut "prendre parti" sur l'existence de droits, il peut néanmoins, affirme la cour de cassation, fonder sa décision sur le droit d'une partie non sérieusement contestée » (120), ce que les italiens appellent le « fumus boni iuris » (120-bis). « En d'autres termes, le juge des mesures provisoires reste dans les limites de sa compétence lorsqu'il ordonne des mesures conformes à un droit évident de la partie demanderesse » (121). Comme le note le président du tribunal de commerce de Bruxelles (122), « l'interdiction en référé de juger le fond du procès n'empêche point le juge des référés de considérer le litige dans son ensemble, d'examiner les droits et titres des parties pour mettre fin à des voies de fait qui seraient manifestement contraires au droit, ou pour ordonner les mesures urgentes et provisoires que commande la sauvegarde des intérêts moraux ou matériels en litige ».

Ainsi « legal standard for preliminary injunction relief calls for a showing of possible irreparable harm and either likelihood of success on the merits or sufficiently serious questions going to the merits to make them a fair ground for litigation and a balance of hardships tipping decidedly toward the party requesting preliminary relief » (123).

29. Certaines décisions (124) justifient l'exclusion des mesures provisoires par la renonciation du donneur d'ordre à invoquer de telles mesures. La mise sur pied de la garantie équivaut pour le donneur d'ordre, affirme un arrêt de la cour d'appel de Paris relatif à la saisie-arrêt d'une garantie (125), « à une renonciation par avance à contester le bien fondé des paiements effectués par la banque », une sorte de « pactum de non petendo », selon l'expression de la doctrine allemande (126). La

(119) Comp. « L'essence de la garantie consiste à assurer le paiement au bénéficiaire, nonobstant tout désaccord (Meinungsverschiedenheit) entre ce dernier et le donneur d'ordre. L'octroi d'un référé est incompatible avec cette fonction » (décision 1.3), et « Attendu en toute hypothèse qu'il n'appartient pas au juge des référés de prendre une décision qui annulerait les engagements formels et indiscutables pris tant par la (banque contre-garante) que par (le donneur d'ordre).

(120) Nous reprenons ici l'attendu de la Cour de cassation française du 10 novembre 1947, J.C.P., 1948, II, 4166, note PLAISANT. Cet attendu est repris unanimement par les doctrines et jurisprudences belges et françaises.

(120-bis) Sur ce « fumus boni iuris », comme condition du référé, MACCARONE S., *Le garanzie bancarie a prima richiesta e i provvedimenti del giudice italiano ex art. 700 c.p.c.*, in *Boll. dell'Assoc. tecnica delle Banche popolari italiane*, 1982, n. 1, 40.

(122) Décision 3.3; Comp. la décision allemande 1.17: « Il ne peut y avoir atteinte au droit d'un tiers (le bénéficiaire). Une telle atteinte au droit, du bénéficiaire n'est possible et à prendre en considération que dans des cas extrêmes, comme lors d'un comportement frauduleux du bénéficiaire ».

(123) Décision 4.11.

(124) A ce propos, en particulier les décisions relatives aux demandes d'interdiction de paiement justifiées par la survenance de risques politiques (infra n. 39).

(125) Décision 5.20.

(126) L'analyse de la clause de garantie comme « pactum de non petendo » ou comme « clause solve e repele » est fréquente en doctrine allemande (not. PLEYER K., *Die Bankgarantien im zwischenstaatlichen Handel*, W.M., 1973, S.B.2,

cour tire les conséquences de cette analyse de la clause de garantie: « considérant qu'admettre la possibilité d'une telle saisie serait permettre à un contractant de paralyser, fût-ce provisoirement, l'exécution des engagements clairs et valables qu'il a pris en connaissance de cause, compte tenu des risques auxquels il s'exposait ».

La renonciation expresse (127) ou tacite à contester le bien fondé de la demande du bénéficiaire ne peut être aussi absolue que l'affirme la cour d'appel de Paris: « La renonciation générale au droit d'ester en justice est nulle car contraire à l'ordre public » (128), comme le rappelle le président du tribunal de commerce de Bruxelles (129). Elle ne peut avoir d'effet en cas de fraude manifeste de celui qui appelle la garantie.

A. La procédure en référé.

30. Tous les droits admettent qu'en cas de fraude manifeste du bénéficiaire, le donneur d'ordre de la garantie puisse réclamer qu'il soit fait interdiction au banquier de payer (130). La jurisprudence récente précise la notion de fraude manifeste et en décrit plusieurs cas d'application.

On proposera la plan suivant:

— une première partie étudie la notion de fraude manifeste. Il semble que les juges développent une conception de plus en plus extensive de la notion de fraude et se livrent à un examen sommaire de l'équilibre mis en place par le marché commercial. Il importera de préciser la différence entre l'examen sommaire du banquier et l'examen sommaire du juge des référés.

— une seconde partie envisage différentes hypothèses de fraude manifeste. On distinguera de la question de la nullité ou de la résiliation du marché commercial, celle très importante des risques politiques. Enfin, on évoquera la question de la fraude en cas d'intervention d'un contregarant.

a) La notion de fraude manifeste: conception extensive ou restrictive.

31. Saisie d'une demande en interdiction de paiement de la garantie — nous aborderons plus loin le cas de la contregarantie —, le juge des référés ne l'accordera que dans la mesure où il y a fraude manifeste du bénéficiaire.

p. 25; METTEMHEIM H. (von), *Die missbrauchliche Inanspruchnahme bedingungsloser Bankgarantien*, RiW/AwD., 1981, 581; VON WESTPHALEN (GRAF), *Rechtsprobleme der Exportfinanzierung*, Heidelberg, 2^e ed., 1978, 193). Cette analyse se fonde sur l'analyse similaire de la clause d'accréditif proposée par la même doctrine depuis Erman.

PORTALE (*La Fideiussione e Garantievertrag nella prassi bancaria*, in *Le operazioni bancarie*, Milano, 1978, T. II, 1084 et s.) développe en droit italien la même analyse.

(127) Le texte de la garantie accepté par le donneur d'ordre contient souvent une clause de non contestation de la réclamation du bénéficiaire.

(128) SIMONT L., *Questions susceptibles de se poser lors d'un appel à la garantie*, Actes du colloque de Tours, Paris, 1981, 490.

(129) Décision 3.4.

(130) « De manière absolument unanime, il est posé en règle que la banque peut et doit refuser de payer lorsque la demande est manifestement abusive ». (VASSEUR M., *Rapport de synthèse*, op. citée 349).

La définition de la fraude manifeste varie peu: la fraude est manifeste ou alléguée. Elle doit être établie... » (135) et « connue du banquier » ajoutent les tibles d'une « preuve rapide (pronta) et établie par des moyens évidents (liquida - cindente) ». Pour les juges anglais, la fraude évidente est la fraude « établie - et je dirais même clairement établie » (133). Pour le droit français, la fraude manifeste est la « fraude qui crève les yeux » (134).

Au delà de cette apparente convergence d'opinions, on notera les incertitudes d'une telle définition. La notion de fraude n'est pas définie. Quand le bénéficiaire abuse-t-il de son droit? Pour reprendre un exemple, le bénéficiaire iranien qui appelle la garantie de bonne exécution alors que la guerre civile empêche la continuation des travaux abuse-t-il de son droit? La notion de fraude « manifeste » est ambiguë. Pour qui la fraude doit-elle être manifeste? Quel examen des faits permet-on au juge? Ces incertitudes expliquent que la jurisprudence ait suivi deux voies divergentes, adoptant parfois une conception restrictive de la fraude, le plus souvent une conception extensive.

32. Les décisions favorables à une *interprétation restrictive* de la notion de fraude manifeste s'appuient volontiers sur le précédent du crédit documentaire. En cette matière, ce n'est que dans des cas extrêmes de fraude que le juge refusera le paiement de documents conformes: « La Cour (the Court) ne délivrera pas d'injonction qui interférerait avec le crédit irrévocable émis par le banquier sauf si

(131) A ce sujet les écrits de BENATTI, voce *Garanzia (contratto autonomo di)*, in *Noviss. dig. it.*, II, Torino, 1982, n. 7). MAZZONI et PORTALE. Dans des affaires iraniennes, la jurisprudence italienne s'est parfois contentée de vérifier l'urgence sans s'inquiéter de démontrer la mauvaise foi évidente du bénéficiaire de la garantie (en ce sens, les décisions 7.1 et 7.5).

La doctrine italienne critique ce laxisme jurisprudentiel.

En ce sens, les critiques des annotateurs: RUBINO-SANMARTINO, *Provvedimenti di urgenza nei rapporti internazionali*, *Foro pad.*, 1919, I, 245; du même auteur, *Performance Bonds and Injunctions*, *Law Society Gazette*, 4 fév. 1981, 130; ARRA-TESCIANNI, *Provvedimento di urgenza e fideiussioni bancarie di buona esecuzione*, *Foro pad.*, 1980, 383; VALIGNANI, *L'intervento del giudice nei crediti documentari e nelle garanzie bancarie internazionali*, note suos Trib. Bologne, 15 mai 1981, cette *Revue*, 1981, II, 170. La décision de Bologne concernait un crédit documentaire. Le tribunal refusait l'octroi d'un référé qui avait, selon le juge, pour seul but de retarder le paiement du crédit documentaire jusqu'à la décision judiciaire quant aux litiges nés du rapport de base.

(132) « L'exception ne peut être admise que dans les cas exceptionnels où il est clair que la demande est « manifestement non fondée » (offensichtlich unbegründet). Le critère « manifestement non fondé » n'est pas facile à définir... La banque ne peut en aucune façon être forcée, même lorsque son client le réclame, de refuser le paiement de la somme garantie au motif que le client pourrait opposer au bénéficiaire l'exception d'abus de droit (unzulässige Rechtsausübung). Ceci serait contraire au but essentiel (Hauptzweck) de la garantie: assurer au bénéficiaire une exécution sûre et rapide de sa prétention. Le caractère non fondé de la demande doit être clair et non contestable de telle sorte qu'il s'avère que ce n'est point une interprétation divergente des dispositions contractuelles, mais un écart évident, voir un comportement consciemment frauduleux du bénéficiaire qui ont déterminé sa demande » (VON WESTPHALEN P. (GRAF), *Rechtsprobleme der Exportfinanzierung*, op. cit., 113).

(133) « They are a long way from fraud, let alone established fraud ». (avis du juge Kerr in décision 9.2.).

(134) Selon l'expression de VASSEUR (art. cité, 349).

une cause suffisamment grave se produisait. La fraude ne peut simplement être alléguée. Elle doit être établie... » (135) et « connue du banquier » ajoutent les décisions anglaises (136).

Ces décisions ne permettent donc l'intervention du juge des référés que dans les hypothèses où le banquier avait le devoir de refuser le paiement. Certains auteurs (137) mettent en évidence le peu d'utilité des mesures provisoires en cas d'admission d'une telle conception restrictive.

33. Il semble que la jurisprudence ait actuellement une nette tendance à abandonner cette conception restrictive et à adopter une conception extensive de la notion de fraude manifeste. Par là, la jurisprudence invite à distinguer nettement le contenu de l'examen sommaire à charge du juge des mesures provisoires, en d'autres termes à *distinguer les cas de responsabilité bancaire des cas où l'interdiction de paiement est justifiée*. La position jurisprudentielle — mal aperçue encore par la doctrine — nous apparaît justifiée. En particulier, la comparaison de la garantie avec le crédit documentaire loin de plaider pour une conception restrictive de la fraude permet de justifier la conception extensive. En effet, dans le crédit documentaire, la présentation de documents représentatifs de l'exécution de la prestation crée une forte présomption du bien fondé de la demande du bénéficiaire. L'évidence de la fraude de ce bénéficiaire ne peut donc être admise que dans des cas extrêmes. A l'inverse, dans la garantie, l'absence de documents élargit les possibilités de démonstration de la fraude évidente. Le juge doit accueillir plus largement les moyens de preuve invoqués par le donneur d'ordre.

34. On rappellera à ce propos la décision du président du tribunal de commerce de Bruxelles du 15 mai 1980 (138). On se souvient des circonstances de la décision. Une société contracte avec une société arabe pour la fourniture de câbles. Une garantie de restitution d'acompte et une garantie de bonne fin sont émises au profit du bénéficiaire arabe. Pour accomplir son contrat, la société belge sous-traite une partie de l'exécution à une société française. Le contrat principal et le contrat de sous-traitance sont résiliés et les garanties, appelées par le bénéficiaire arabe. Le juge interdit le paiement bancaire. Il déduit la fraude manifeste de l'apparente collusion entre le bénéficiaire arabe et le sous-traitant français à l'effet d'écarter la société belge du marché. L'apparence de collusion se fonde sur divers éléments de fait: l'existence d'un conseil commun en justice et la notification par les deux sociétés, le même jour, de la rupture du contrat.

La décision belge traduit incontestablement une interprétation large de la notion de fraude « manifeste ». Premièrement, le juge déduit le caractère manifeste de la fraude d'éléments de fait tirés du déroulement de l'opération commerciale: la rupture du marché est due à la faute du seul bénéficiaire. Secondement,

(135) Avis du juge Denning in décision 9.4.

(136) ... « Except possibly in clear cases of fraud of which the Banks have notice »...

(137) En ce sens, les réflexions de Döhm relatives à un arrêt de l'Oberlandsgericht de Düsseldorf du 13 février 1978 (décision 1.9.) et surtout celles de SIMONT lors de la discussion finale du colloque de Tours (Actes, p. 511 et 513).

(138) Décision 3.3. Pour un aperçu plus complet des faits à la base de la décision, lire VELU, *Les garanties à première demande en droit belge, Actes du colloque de Tours*, Paris, 1981, 243 et 244.

dement, il ne se soucie pas de démontrer l'effective connaissance par la banque garante de cette fraude du bénéficiaire.

On rapprochera de cette décision belge, une ordonnance française du 24 mai 1981 (139). Une société française passe en 1975 et 1976 deux marchés de construction de logements avec une entreprise iranienne. Etant donné le manquement dès novembre 1978 du contractant iranien à ses obligations de paiement et d'assistance technique, le marché est, conformément aux clauses du contrat, suspendu puis résilié. L'expertise d'un tribunal iranien révèle que la société iranienne est redevable à la société française d'un montant très important. La garantie et la contre-garantie ayant été appelées, le donneur d'ordre demande que soit signifiées aux banques l'interdiction de tout paiement. Le juge parisien octroie l'interdiction réclamée. Il retient comme constitutif de fraude manifeste le fait que « l'acquéreur (le maître d'œuvre) profite de la rédaction des actes qui lui est particulièrement favorable alors que rien ne lui est dû mais qu'au contraire, il est lui-même débiteur » (140). Il constate en outre la résiliation fautive du marché par le bénéficiaire, la spoliation par l'administration iranienne des biens de la société française au profit d'une société en Iran du même nom « qui poursuit abusivement, sous l'apparence de la société française, l'exploitation des chantiers ».

35. Ce deux décisions révèlent que le juge, lors de son examen sommaire des circonstances de l'appel à la garantie, accueille les moyens de preuve du donneur d'ordre fondés sur le déroulement du marché commercial. Certes, il faut que ces moyens de preuve non seulement soient mais en outre qu'ils apportent une certitude de la fraude manifeste du bénéficiaire. En cela, ils ne se distinguent pas des moyens de preuve qui peuvent être accueillis par le banquier pour justifier son refus de paiement mais alors que celui-ci ne peut accueillir ces moyens de preuve que dans la mesure où ils doivent lui être connus par les opérations bancaires traitées en relation avec le marché commercial (141), le juge des référés pourra tirer la certitude de la fraude du bénéficiaire, de l'examen sommaire du déroulement de la convention de base; en particulier il analysera rapidement le bien-fondé de l'appel en relation avec l'équilibre contractuel mis en place par le marché commercial. La jurisprudence applique ce principe à plusieurs reprises.

b) L'examen de l'équilibre mis en place par le marché commercial.

36. Il y a fraude manifeste lorsque l'appel à la garantie viole de façon évidente l'équilibre d'intérêts mis en place par le marché commercial entre le donneur d'ordre et le bénéficiaire. La jurisprudence allemande, en particulier, énonce ce principe.

L'arrêt du Landsgericht de Francfort du 14 décembre 1979 (142) a trait à une exportation de machines. Selon le contrat, l'exportateur n'était tenu ni de les

(139) Décision 5.18.

(140) Il faut noter qu'en l'occurrence, suite à la résiliation du marché, une expertise avait été ordonnée par le tribunal de Téhéran à la demande de la société française. Cette expertise faisait apparaître en faveur de cette société, des créances certaines liquides et exigibles.

(141) Cfr. supra n. 19, notre étude de la question des certificats et supra n. 20, notre étude du principe de la stricte conformité des documents.

(142) Décision 1.13.

transporter en Iran, ni de les y installer. La plupart des machines étant livrées, par suite de la détermination de la situation politique en Iran, l'exportateur accepte fin 1976 de retarder les dernières livraisons et de proroger la garantie. Le bénéficiaire avait de ne pas être alors en mesure de les monter. En septembre 1979, le contre-garant fut informé que l'importateur exigeait le paiement de la garantie. Le tribunal, à la demande du donneur d'ordre, interdit le paiement bancaire. Selon lui, l'exportateur a rendu digne de foi le fait qu'il a rempli tous ses devoirs contractuels; l'importateur en effet a refusé la livraison des dernières machines; il a admis son incapacité de monter les machines — ce qui lui incombait selon le contrat — et n'a jamais, pendant trois ans, fait de réclamation (143).

Le tribunal de commerce de Paris (144), à propos de l'appel à une garantie de restitution d'acompte (145), développe les mêmes principes. Une société française s'engage à construire une station émettrice de radiodiffusion pour l'administration iranienne. A la suite de difficultés (non ouverture d'accréditifs pour le paiement de la société française, incapacité pour le bénéficiaire de la garantie d'accomplir ses propres prestations d'assistance technique) et d'une demande unilatérale de modification du contrat par le bénéficiaire, la société française interrompt l'exécution du marché largement entamé.

Le bénéficiaire iranien appelle alors les garanties émises. Après avoir noté que les clauses de la garantie d'exécution exigeaient du bénéficiaire la preuve de la non exécution par le donneur d'ordre de ses obligations (145), le tribunal estime abusif l'appel de la garantie de restitution d'acompte:

1) en raison du non-respect des obligations contractuelles de l'acquéreur que le donneur d'ordre a arrêté la fourniture de ses propres prestations.

2) « Celles-ci paraissent s'élever à un montant supérieur à celui des acomptes versés par l'acquéreur ».

3) « Une demande unilatérale de modification du contrat a été formulée par l'acquéreur et n'a pas abouti à ce jour ».

Le raisonnement du tribunal sous-entend que l'appel à la garantie ne peut intervenir pendant une période de renégociation du contrat lorsque cette renégociation intervient à la suite de défaillances du bénéficiaire appelant la garantie.

Plus significative encore est la décision du Landsgericht de Braunschweig du 20 mai 1980 dans une affaire irakienne (147). Un importateur allemand s'était

(143) On rapprochera de cette décision allemande, une autre décision allemande 1.15 et une décision belge 3.2.

Dans la décision allemande, la garantie fut appelée pour des dégâts minimes lors du transport des machines, plus de 3 ans après leur livraison. Le tribunal interdit paiement bancaire au motif:

1) que les risques du transport n'incombaient pas au donneur d'ordre et que le bénéficiaire s'était en outre assuré contre ceux-ci.

2) que « la garantie d'exécution dans une opération simple de fournitures doit servir à assurer au bénéficiaire un équilibre dans les délais prévus ».

3) que la qualité des fournitures n'a pas été mise en question pendant la période de garantie conventionnelle.

(144) Décision 5.19.

(145) Une autre garantie de restitution d'acomptes fut considérée comme non applicable avant la date d'expiration de sa validité (cfr. infra n. 40).

(146) Cfr. supra n. 7, la référence à cette décision.

(147) Décision 1.14.

engagé à certains travaux de génie civil. Leur exécution fut interrompue suite à l'interdiction par les autorités turques de tout transit des marchandises allemandes. L'administration irakienne fit appel à la garantie et la banque allemande contre-garante fut à son tour appelée. Le donneur d'ordre obtint gain de cause. Le juge estime en effet que la demande est manifestement abusive. Il invoque à ce propos deux motifs:

1) La banque allemande était d'accord de proroger la garantie.

2) Conformément aux clauses du contrat, les parties avaient le devoir de s'en remettre à une commission arbitrale lors de difficultés d'exécution du contrat dues à des imprévus (148). « Or, il est manifeste que le bénéficiaire irakien n'a fait aucun effort pour aboutir à une décision de cette commission ».

Ainsi le juge allemand estime qu'un appel *précipité* à la garantie, contraire aux clauses arbitrales de renégociation, est abusif. Il sous-entend par contre la parfaite légitimité dans une telle hypothèse du mécanisme. « Extend or Pay ». Nous retrouverons ces principes largement appliqués en particulier dans la jurisprudence américaine relative à l'appel de la garantie causé par des risques politiques telle la guerre civile iranienne.

37. Avant d'aborder la question des risques politiques, on dira quelques mots du problème de la nullité, résiliation en disparition du marché ou de la partie du marché couverte par la garantie. Un appel à la garantie alors que le marché ou la partie du marché couverte par la garantie sont clos, n'est-il pas contraire à l'équilibre contractuel de la convention de base? Cette question a été soulevée par la doctrine française (149). La théorie de la cause permet en effet à certains auteurs d'affirmer que la disparition du marché ou de la partie du marché couverte par la garantie entraîne caducité de la garantie. La jurisprudence nuance l'affirmation. Le banquier ne peut refuser ou se voir interdire le paiement que lorsqu'il y a certitude — hypothèse rare — que l'opération garantie est nulle ou a disparu. A ce propos, on citera l'attendu de la cour d'appel de Paris du 29 janvier 1981 (150): « Considérant que sans doute, l'annulation du contrat de base entraînerait celle de la lettre de garantie dont il constitue en effet la cause; que cependant sa prétendue nullité ne peut produire d'effet avant d'avoir été prononcée par la juridiction saisie ».

L'argument tiré de la disparition du marché est invoqué de même devant le président du tribunal de commerce de Bruxelles (151). Le donneur d'ordre informé par la banque contre-garante demande au juge qu'il soit fait défense à celle-ci de payer ou du moins qu'il soit constaté que tout paiement par elle soit fait sous son entière responsabilité. Le donneur d'ordre invoque pour ce faire que l'appel a lieu « sans avoir égard aux causes réelles de garantie qui en l'espèce seraient des

(148) Cette pratique est fréquente. A ce propos, l'étude des clauses de *HARDSHIP* proposée par FONTAINE in D.P.C.I., 1976, p. 7 et ss.

(149) « L'annulation ou la résolution du marché conclu libèrent le garant » (GAVAILLE et STOFFLET, *La lettre de garantie internationale*, R.T.D., comm., 1981, 11. Contra VASSEUR, note sous Trib. comm. Paris 24 mars 1981, D., 1981, J., 488).

(150) Décision 5.16. Comp. la décision 5.17 où le tribunal de commerce de Paris, à propos de garanties de retenue, estime: « On ne peut, quant à présent, dire que les engagements seraient entachés de nullité, pour absence de cause, le marché étant toujours en cours ».

(151) Décision 3.5.

garanties exclusivement douanières dont la date d'expiration serait déjà dépassée ». Le président du tribunal, tout en acceptant l'argument, se déclare incompétent à défaut d'urgence (152). On notera enfin l'arrêt de la cour d'appel de Bruxelles du 18 décembre 1981 (153). En l'occurrence, une garantie d'exécution avait été appelée après la réception des travaux mais avant le dernier paiement. Le donneur d'ordre plaide la fraude manifeste étant donné la disparition de la partie du marché garanti. Les juges refusent l'argument sous entendant que la garantie d'exécution, en l'absence de délivrance d'une garantie de retenue doit couvrir également la période s'étendant de la réception provisoire des travaux à la réception définitive (154).

On considérera donc qu'il y a fraude manifeste du bénéficiaire lorsque l'appel à la garantie a lieu alors que la période relative au marché ou à la partie du marché couvert par la garantie est manifestement achevée (155), peu importe que la garantie soit ou non sans limitation de durée (156).

c) Les risques politiques.

38. Deux décisions, l'une américaine, l'autre anglaise ont trait à des demandes d'interdiction de paiement de la garantie suite à des mesures d'embargo empêchant la continuation des relations commerciales. La décision américaine octroie l'interdiction, le juge anglais la refuse. Cette apparente contradiction s'explique à la lecture attentive des deux arrêts. Le juge anglais, s'il refuse d'interdire le paiement, se justifie en effet en remarquant que selon lui, la mesure d'embargo n'empêchait pas *absolument* la continuation du marché et que dès lors, la garantie constituait pour le bénéficiaire un moyen de pression légitime pour obtenir malgré l'embargo l'exportation des biens, objet du contrat, en l'occurrence du sucre (157). C'est sans

(152) Cfr. notre critique à ce propos, supra n. 27, note 118.

(153) Décision 3.8.

(154) Cfr. notre critique dans la note sous l'arrêt in J.C.B., 1982, I, à paraître.

(155) Nous avons déjà suggéré cette idée in Présentation et définition des garanties pratiquées en Europe, Actes du colloque de Tours, Paris, 1981, 35.

On peut trouver dans la décision allemande 1.15 une confirmation de cette idée, le juge allemand notant à l'appui d'une demande d'interdiction de paiement de la garantie d'exécution que la période de garantie conventionnelle est depuis longtemps terminée (sur cette décision, supra note 143).

(156) On notera à cet égard, une décision d'un tribunal allemand (décision 1.8) qui interdit dorénavant à la banque garante la réclamation de commissions en constatant que le marché couvert par la garantie est définitivement clos et que tout appel du bénéficiaire à la garantie serait dès lors abusif. En l'occurrence, l'acte de garantie à durée illimitée n'avait pas été restitué.

(157) Décision 9.5. La décision concerne les faits suivants: une banque indienne émet pour compte d'une société indienne au profit d'un importateur anglais une garantie de bonne exécution. Cette garantie couvre l'exportation de sucres vers l'Angleterre. Le contrat — le fait est révélé par le juge — contient une clause de force majeure permettant de différer la livraison d'un mois en cas d'embargo gouvernemental et prévoyant la résiliation du contrat passé ce délai. Passé ce délai, l'importateur peut rompre le contrat. Suite à un embargo général du gouvernement indien relatif aux exportations de sucres, l'importateur anglais rompt le contrat et appelle la garantie d'exécution. Le juge rejette la demande d'interdiction de paiement faite par le donneur d'ordre indien en affirmant qu'en l'espèce, il n'est pas évident qu'il y ait force majeure définitive. L'importateur ignore en

doute, dans la mesure où l'embargo avait pour objet l'exportation d'armes en direction d'un pays déterminé et était dès lors plus sévèrement contrôlé, que le juge américain a, par contre, estimé que l'embargo rendait absolument impossible la continuation du contrat et octroyé l'interdiction de paiement (158).

39. La guerre civile et les troubles politiques en Iran ont été à l'origine de nombreux appels à la garantie dont le bien fondé fut contesté. Certaines décisions ont déjà été étudiées (159). Nous ne reprendrons ici que les décisions où la guerre civile iranienne est directement à l'origine de la non exécution du marché commercial et de l'appel à la garantie. L'étude des décisions américaines à ce sujet permet de dégager un certain nombre de principes, principes confirmés par la jurisprudence européenne.

Deux décisions célèbres ont trait à des demandes préventives d'interdiction de paiement. Suite aux bouleversements politiques d'Iran et dans la crainte d'un appel aux garanties, des donneurs d'ordre cherchèrent à empêcher les paiements bancaires.

— Le premier arrêt *United Technologies Corp. v. Citibank N.A., Iranians' Bank and Telecommunications Cy of Iran* (160) concerne les faits suivants: le garant iranien exige, à plusieurs reprises, du contrepartier américain l'extension ou l'exécution de la « *Guaranty Letter of Credit* », les événements d'Iran empêchant toute exécution de la convention de base. Les juges sont saisis par le donneur d'ordre qui réclame préventivement une interdiction bancaire de payer et dans l'immédiat, une interdiction de prorogation de la garantie (161).

Les juges se sont demandé si, les événements d'Iran constituant un *risque politique* qui sort du « *déroulement normal* » de l'opération économique garantie, *un tel risque est pris en charge par la lettre de crédit* de telle sorte que sa survenance ne puisse pas remettre en question le devoir de paiement de la banque. La réponse est tirée de précédents en matière de crédit documentaire (guerre sino-japonaise): « *En accordant l'interdiction demandée, le tribunal ne ferait rien d'autre que per-*

effet si des licences ne pouvaient être délivrées nonobstant l'embargo de telle sorte que certaines quantités de sucres soient exportées.

(158) Décision 4.1. Il s'agissait d'une vente d'armes au Bengla-Desh. L'administration américaine ayant interdit l'exportation d'armes à ce pays, l'interdiction de paiement fut accordée.

Comp. la décision française 5.1. où la fourniture à l'administration égyptienne de traverses de chemin de fer en pin des Landes avait dû être interrompue par suite de la guerre du Canal de Suez et l'interdiction de toute exportation vers ce pays. Dans cette affaire, le juge français avait considéré que la banque française avait légitimement refusé le paiement de la garantie bancaire. Il s'était basé sur le droit du cautionnement. La conclusion aurait été la même si l'engagement bancaire avait été qualifié de garantie autonome.

(159) A cet égard, les décisions italiennes reprises supra note 131 où les juges italiens s'étaient contentés de vérifier l'urgence.

Les décisions allemandes 1.13 et 1.15 (étudiées supra n. 36) concernent également des affaires iraniennes. En l'occurrence, l'interdiction de paiement fut accordée dans la mesure où la demande contrevenait à l'équilibre mis en place par la convention des parties au marché commercial.

La même remarque vaut pour la décision française 5.18 étudiée supra n. 34.

(160) Décision 4.11.

(161) Qui fut obtenue étant donné que la demande de prorogation était arrivée après l'expiration de la période de validité de la garantie.

mettre au donneur d'ordre d'écarter un risque qu'il était d'accord d'assumer ou en d'autres termes, de l'autoriser à rompre son contrat... » (162).

— Le second arrêt KMW Int. v. Chase Manhattan Bank (163) est plus clair encore: « Quand un contractant entre en relation contractuelle avec l'administration iranienne, il assume les risques propres aux transactions internationales: ceci inclut les risques et hasards de la politique internationale. Toute injonction préventive débarrassant la banque de la charge de ce risque en lui enjoignant de ne pas payer sur base de la lettre de crédit irait à l'encontre du sens de la transaction commerciale de base... La banque apéritrice ne peut refuser de payer la lettre de crédit sous couvert d'illégalité survenant, de possibilité de guerre ou d'insurrection ». Si les deux décisions refusent l'injonction demandée et affirment que son octroi serait contraire à l'esprit du contrat de base, elles reconnaissent néanmoins aux contre-garants le droit de surseoir momentanément au paiement au cas où il leur serait fait appel, « vu (in view of) les circonstances actuelles en Iran ».

La signification de ce sursis de paiement est claire: il impose au juge le devoir de vérifier si l'impossibilité d'exécution n'est que momentanée et si elle ne peut être surmontée par exemple par une nouvelle négociation ou, au contraire, si elle est irrémédiable et définitive. On notera, qu'à propos des « affaires iraniennes », d'autres décisions américaines saisies de demandes en interdiction de paiement non préventives mais consécutives à un appel à la garantie refusèrent de même d'octroyer les interdictions de paiement mais obligèrent les banques à surseoir au paiement (164).

40. De cette jurisprudence, on dégagera dès lors les règles suivantes, confirmées par la jurisprudence française:

1) Les juges refuseront de prendre en considération des demandes préventives d'interdiction de paiement. Comme le note la cour d'appel de Riom (165) à propos d'une demande préventive dans une affaire également iranienne (l'affaire Delbard), « même si l'on devait considérer que la mauvaise foi du ministère iranien de l'agriculture est manifeste dans l'exécution du marché commercial... cette mauvaise foi ou une fraude évidente ne pourrait être recherchée que dans le cadre de l'exécution de ce second contrat et qu'il suffit alors de constater qu'à ce jour du moins, il n'y a pas eu appel des cautions par le bénéficiaire et qu'il est donc impossible pour le banquier de constater une fraude évidente » (166).

2) En cas d'appel à la garantie, les juges ne peuvent déduire du seul fait de la survenance du risque politique la fraude manifeste du bénéficiaire. La garantie couvre le risque politique. Comme le note la décision française, déjà citée, le donneur d'ordre, par la délivrance d'une garantie automatique, accepte de courir le risque et, en outre, il « n'est pas dépourvu de toute garantie pour le risque qu'il

(162) On retrouve ici l'idée selon laquelle l'appel à la garantie est fondé chaque fois qu'il est conforme au partage des risques acceptés par les parties à la convention de base.

(163) Décision 4.13.

(164) Ainsi dans la décision 4.9, le sursis de paiement est de 10 jours. D'autres décisions en ce sens sont citées par RENDALI. (*The Iranian revolution continues in the Courts*, Euromoney, June 1979, p. 73 et ss.).

(165) Décision 5.13.

(166) L'argument est repris par le tribunal de grande instance de Montluçon (décision 5.15) saisi du fond du litige après la cour d'appel de Riom.

a accepté de courir, l'intimité ayant précisé dans ses écritures que ladite société était titulaire auprès de la COFACE (167) d'une police d'assurance garantissant l'exécution de son contrat contre les risques découlant d'événements politiques ou autres difficultés économiques survenant hors de France ».

3) Le juge peut cependant, en cas d'appel précipité à la garantie, c'est-à-dire pendant la période troublée directement consécutive à la révolution ou à la guerre civile, ordonner à la banque de surseoir au paiement (168) et, le cas échéant, de proroger la garantie.

d) La contregarantie.

41. Lorsqu'interviennent simultanément une banque contregarante et une banque garante, l'octroi d'un référé interdisant le paiement bancaire par la banque contregarante (169) est-il encore possible? On distinguera parmi les décisions, ayant trait à des demandes d'interdiction de paiement du contregarant trois raisonnements:

1) La majorité des décisions (170) ne s'inquiètent nullement de la particularité de la contregarantie. Il est important de le noter et de relativiser ainsi les deux autres raisonnements parfois tenus.

2) Certaines décisions allemandes récentes (171) tout en reconnaissant la particularité de la contregarantie, estiment que le principe de la bonne foi dans l'exécution du contrat est d'ordre public. Aussi lorsque le garant réclame le paiement du contregarant nonobstant la fraude manifeste, de ce dernier, la contregarantie peut, à juste titre, se voir interdire le paiement par le juge.

3) On notera enfin les décisions qui en cas de contregarantie, estiment inutiles ou même non fondées les interdictions de paiement faites au contregarant. Le tribunal de grande instance de Montluçon (172) affirme qu'« il peut être fait défense au bénéficiaire de faire appel à la caution, sans pour autant que cette interdiction puisse lier la banque iranienne, première engagée mais non partie au procès, ni par

(167) C'est-à-dire l'organisme paraétatique d'assurance crédit pour les risques politiques et catastrophiques propres au commerce international.

(168) La décision française 5.14 décide de nommer un séquestre au cas où il y aurait appel à la garantie — et ce jusqu'à décision du fond du litige; la décision française 5.19 décide à propos d'une garantie de restitution d'acompte que celle-ci ne peut être appelée avant la date d'expiration de validité.

(169) Dans la décision 9.5., le donneur d'ordre indien chercha directement à obtenir du juge anglais une injonction interdisant le paiement à la banque garante, nonobstant la présence d'une contregarantie délivrée par une banque indienne.

(170) A vrai dire, rares sont les décisions relatives à des garanties directes.

(171) Décision 1.12 (critiquée par Döhm); décision 1.15.

Les deux décisions présentent le dilemme suivant:

« En aucune manière, une banque ne peut soutenir le comportement dolosif d'un tiers. Cela se déduit tant du droit allemand que des différentes réglementations internationales. Cela doit valoir aussi pour le droit musulman qui régit les relations du garant envers le bénéficiaire. Si ce n'était pas le cas, l'article 30 EGBGB serait de toute façon l'application. Ces articles interdisent l'application des lois étrangères quand leur application heurte l'ordre public ou va à l'encontre du but poursuivi par une loi allemande ».

(172) Décision 5.15 (approuvée par VASSEUR).

voie de conséquence, la banque française, seule engagée vis-à-vis de la banque iranienne, bien qu'elle soit partie au procès» (173).

Le 23 janvier 1981, l'Oberlandsgericht de Saarbrücken (174) devait pour la même raison écarter la requête du donneur d'ordre. En l'hypothèse, les documents, en particulier les certificats de qualité, qui accompagnaient l'exportation de la marchandise rendaient vraisemblable mais non manifeste, relève le juge, la fraude du bénéficiaire. Il ajoute: «Même si ces documents rendaient manifeste que la demande du bénéficiaire est faite à tort, cela ne signifierait pas encore que l'appel de la banque garante auprès de la banque contregarante est manifestement frauduleux».

Ainsi, selon la conclusion de von Westphalen (175), «l'octroi d'un référé contre la volonté de paiement d'une banque garante est pratiquement réduite au cas où la garantie est délivrée directement (au tiers par la banque du donneur d'ordre)».

Cette conclusion est confirmée par la décision de l'Oberlandsgericht de Stuttgart le 11 février 1981 (176): «Le donneur d'ordre de la garantie ne peut s'opposer au paiement de la banque allemande appelée en contregarantie par la banque domiciliée dans le pays du bénéficiaire...». La décision ajoute: «... Même lorsque la banque du donneur d'ordre doit payer après l'écoulement du délai de garantie convenu».

42. Face à ces trois raisonnements, ce n'est pas le lieu de proposer notre solution. Nous aimerions cependant suggérer certaines distinctions qu'inspirent les réflexions jurisprudentielles déjà énoncées.

La jurisprudence, avons-nous dit, distingue en cas de garantie «directe» (177), les hypothèses de responsabilité bancaire de celles plus larges où l'octroi d'un référé est possible. En cas de garantie «indirecte» si le donneur d'ordre cherche à empêcher le paiement par le contregarant, soit ce paiement a lieu après le paiement fait par le garant du bénéficiaire, soit il précède ce paiement.

Dans la première hypothèse, une interdiction de paiement ne peut avoir lieu que dans la mesure où la responsabilité du garant est évidente, c'est-à-dire lorsque le garant a payé alors que de toute évidence, il devait connaître la fraude du bénéficiaire. Ces cas seront extrêmement rares. Le garant est le banquier du bénéficiaire et non du donneur d'ordre comme c'est le cas en matière de garantie directe. Il lui est dès lors difficile de ne pas croire au bien-fondé de la prétention de son client. Dans les autres cas, il a droit au remboursement par le contregarant.

(173) Faut-il conclure du texte de l'attendu qu'il aurait suffi que le donneur d'ordre appelle au procès la banque iranienne? Il est évident que la banque iranienne aurait alors connu la fraude du bénéficiaire et que dès lors, elle était obligée, si du moins le principe de bonne foi est universel (cfr. le second raisonnement), de refuser le paiement.

(174) Décision 1.17.

(175) VON WESTPHALEN F. (GRAF), *Neue Tendenzen bei Bankgarantien*, W. M., 1981, 302; DÖHM J., *Contregarantie et injonction de ne pas payer*, D.P.C.I., 1980, p. 265 et ss.

(176) Décision 1.18. Cfr. aussi la décision 1.12 où le juge des référés du Landsgericht de Francfort refuse l'interdiction de paiement au motif:

1) que l'appel émane non du bénéficiaire mais du garant.

2) que la fraude n'est pas manifeste.

(177) «Directe» selon l'expression allemande, c'est-à-dire émise sans contregarantie.

Dans la seconde hypothèse (178), le donneur d'ordre ayant appelé le contregarant et le garant à la procédure en référé, le juge doit pouvoir interdire le paiement en cas de fraude manifeste du bénéficiaire (179), nous retrouvons ici la solution déjà dégagée en matière de garantie directe (180).

B. La saisie-arrêt.

43. La possibilité pour le donneur d'ordre de saisir-arrêter la créance du bénéficiaire a donné lieu à peu de décisions (181) que certains ont jugé contradictoires. Ce jugement nous apparaît hâtif et ne pas prendre en considération la spécificité de chaque type de garantie:

— la garantie de paiement est donnée à l'appui de l'obligation de payer à charge du donneur d'ordre de la garantie, en l'occurrence l'importateur.

— les autres types de garantie, en particulier la garantie d'exécution, sont donnés, à propos de l'obligation de faire de l'exportateur.

Le raisonnement tenu par le Landsgericht de Munich, le 24 mai 1971 (182) et développé par le tribunal de grande instance de Paris, le 13 mai 1981 (183) concerne des garanties d'exécution et octroie la saisie-arrêt. Dans les deux cas, les faits étaient les suivants: le bénéficiaire de la garantie automatique était en retard de paiement. Nonobstant ce fait, il appela les garanties. Le donneur d'ordre réclama saisie-arrêt du montant de la garantie et fit valoir les importants retards de paiement. Il obtint gain de cause devant le juge des saisies. La banque saisie réclama alors mainlevée de cette saisie devant le tribunal de grande instance de Paris.

La banque faisait valoir que «par le biais de la saisie-arrêt, le (donneur d'ordre) s'efforçait en réalité d'échapper à ses propres engagements en la paralysant elle-même et en l'empêchant d'exécuter ses obligations, alors que, contractuellement, le dit (donneur d'ordre) avait renoncé à contester toute demande de mise en oeuvre de la garantie à première demande». La président du tribunal refusa la mainlevée: «Le droit français ne prévoit pas, parmi les créances insaisissables, celle résultant de la constitution d'une caution, fût-ce à première demande». En outre, il répond à l'argument bancaire: «Attendu que la renonciation contractuellement acceptée (donneur d'ordre) de ne pas discuter l'appel de la garantie à

(178) Le juge des référés aura éventuellement à déterminer si le paiement du garant a déjà eu lieu ou non lors de l'appel à la contregarantie.

De lege ferenda, on pourrait songer à interdire au garant tout paiement du bénéficiaire sans avoir averti préalablement le contregarant, ceci afin de permettre au donneur d'ordre de saisir éventuellement les juridictions de référé.

(179) Comp. en matière de crédit documentaire, l'attendu du tribunal de Bologne, décision du 15 mai 1981 (cette *Revue*, 1981, p. 170 et ss., note VALLIGNANI): «Un provvedimento d'urgenza qui ordonne à la banque émettrice d'un crédit documentaire de ne pas payer peut être utilement octroyé (concesso) avant tout paiement en faveur du bénéficiaire mais ne peut avoir d'efficacité s'il est octroyé (concesso) après que le bénéficiaire ait eu recours au crédit de la banque confirmatrice».

(180) Supra n. 31 e s.

(181) Décision 1.2.

(182) Décision 5.12.

(183) Le donneur d'ordre devra établir une créance certaine, liquide et exigible.

première demande, dans le cadre de ses relations d'affaires avec le (bénéficiaire) ne constituait pas pour autant, sous peine de déni de justice, une sorte de carcan qui l'aurait empêché de faire valoir un droit de créance à l'égard de son contractant, au point de lui interdire d'utiliser les mesures de sauvegarde légalement admises... « Attendu, en effet que le (donneur d'ordre), loin de renier son engagement, fait de la garantie à première demande l'assiette de la mesure conservatoire qu'il a pratiquée, et que la renonciation qu'il a souscrite à discuter l'appel de garantie ne l'empêche pas de faire valoir un droit de créance à l'égard de son cocontractant et ne lui interdit pas d'utiliser les mesures de sauvegarde légalement admises par le droit français (en particulier celle de la saisie-arrêt) ».

44. La motivation du tribunal met clairement en évidence la *différence fondamentale entre la procédure du référé et celle de la saisie-arrêt*. L'octroi d'un référé suppose en effet que la demande du bénéficiaire soit illégitime, en d'autres termes, qu'il n'ait pas droit au paiement, à l'inverse, dans la saisie-arrêt, le donneur d'ordre ne conteste pas le droit du bénéficiaire au paiement de la garantie. Au contraire, c'est dans la mesure où ce droit existe que le juge pourra ordonner saisie de la créance, objet de ce droit. Il le fait au nom de l'existence d'une autre créance que le donneur d'ordre possède par ailleurs contre le bénéficiaire.

Le raisonnement est parfaitement justifié. Au droit non contesté du bénéficiaire, le donneur d'ordre de la garantie oppose la créance certaine (184) en paiement du prix. Ce raisonnement n'est contestable que si on comprend la renonciation du donneur d'ordre à invoquer les exceptions non seulement comme une renonciation à invoquer les exceptions tirées de l'exécution de sa propre prestation objet de la garantie mais aussi comme une renonciation à réclamer les paiements qui lui sont dus (185). Une telle interprétation irait à l'encontre de la réalité du commerce international. La clause de garantie est, dans nombre de contrats internationaux, la contrepartie de clauses de paiement particulièrement rigoureuses. Il semble donc difficile de déduire de la clause de garantie automatique une quelconque renonciation du donneur d'ordre à invoquer par saisie-arrêt les retards ou défauts de paiement du bénéficiaire de la garantie.

45. A ce premier raisonnement, on a voulu opposer celui tenu par la cour d'appel de Paris le 27 octobre 1981 (186). La procédure concernait cette fois non une garantie de bonne exécution mais une garantie de paiement. Le fait est important. Une garantie bancaire de paiement avait été émise sous forme de lettre de crédit. Elle assurait le paiement du loyer d'un navire. Le donneur d'ordre se plaignit du mauvais état du navire loué et résilia la location. Le bailleur, bénéficiaire de la garantie, appela alors la garantie. La locataire, donneur d'ordre, ayant obtenu la nomination d'un arbitre, réclama la délivrance d'une saisie-arrêt du montant appelé.

Le tribunal de grande instance de Paris lui accorda la saisie, la cour d'appel en ordonna la mainlevée. La cour reproduit les attendus de la décision du 13 mai 1980: « le Droit français ne prévoit pas que la garantie soit insaisissable; la garantie

(184) Dans le même sens, MOULY C., *Sûretés et garanties de paiement*, Chron., J.C.P., 1981, éd. C.J., I, 10109, n. 21.

Rien ne s'oppose évidemment à ce que le donneur d'ordre renonce expressément à invoquer la créance en paiement du prix.

(185) Décision 5.20.

est autonome », mais en tire des conséquences différentes. La mise sur pied de la garantie équivaut, selon la Cour, « à une renonciation du donneur d'ordre à contester le bien fondé des paiements effectués par le garant ».

Si le libellé trop peu nuancé de l'attendu de la cour d'appel de Paris semble contredire l'argumentation précédente du tribunal de grande instance de Paris, ce n'est qu'apparent. La garantie in casu était une garantie de paiement et la créance du donneur d'ordre prétendait dès lors s'appuyer sur la prétendue inexécution par le bénéficiaire de sa prestation de faire. Une telle créance en dommages et intérêts, hormis le cas d'un abus de droit manifeste du bénéficiaire, est discutable et ne peut donc fonder le droit du donneur d'ordre à saisir-arrêter la créance du bénéficiaire. En outre, il est exact que le fait pour le donneur d'ordre, d'invoquer une prétendue inexécution par le bénéficiaire de ses prestations est contraire au but de la garantie de paiement qui est d'offrir une sûreté la plus liquide possible des obligations de paiement du donneur d'ordre. Un raisonnement identique est depuis longtemps appliqué par la jurisprudence au crédit documentaire, autre « garantie » de paiement.

Ainsi, la saisie-arrêt d'une garantie de paiement est impensable; la saisie-arrêt d'une garantie d'exécution doit être permise chaque fois qu'il existe une certitude des défauts de paiement du bénéficiaire.

CONCLUSIONS

46. La jurisprudence confirme la légitimité de la pratique bancaire de la garantie automatique. Les règles d'interprétation qu'elle développe suggère même qu'elle y soit progressivement une institution « standard » dans les relations du commerce international.

— La jurisprudence distingue progressivement la question de la responsabilité bancaire lors du paiement de la garantie et celle de l'octroi de mesures provisoires.

— La jurisprudence souligne l'unité téléologique que présente chaque phase de l'opération de garantie: marché commercial, ouverture de crédit, contre-garantie et garantie.

— Les limites de l'abstraction de la garantie automatique sont déduites d'une analyse de la fonction de la garantie dans l'ensemble de l'opération commerciale, en particulier de l'étude du partage des risques que les clauses de la convention internationale à la base de la garantie instituent entre importateur et exportateur.

La jurisprudence conduit ainsi à condamner toute approche abstraite et indifférenciée des différents types de garantie.

YVES POULLET

Chargé de cours à la Faculté
de Droit de Namur (Belgio)

INDEX DES DECISIONS

1. *Allemagne* (La jurisprudence allemande publiée ne mentionne pas le nom des parties).

- 1.1. L.G. Francfort 16 oct. 1962,
- AWD*
- , 1963, 58;
- NJW*
- , 1963, 450.

Caution à première demande de bonne fin donnée dans le commerce international - Appel de la caution - Contestation du bien fondé de l'appel - nature juridique de la caution à première demande.

- 1.2. L.G. München 24 mai 1971,
- AWD*
- , 1972, 196 (Affaire Yougoslave).

Garantie bancaire de bonne fin - Appel à la garantie - Demande de saisie-arrêt - Retards de paiement - Principe de l'autonomie de la garantie Automatique - Octroi de la saisie-arrêt.

- 1.3. D.L.G. Francfort 12 fév. 1974,
- W.M.*
- , 1974, 956;
- B.B.*
- , 1974, 533.

Garantie bancaire donnée en surrêt du paiement du prix d'achat - Appel du bénéficiaire - Procédure en référé visant à interdire le paiement de la garantie - Essence de la garantie - Admissibilité exceptionnelle d'une procédure en référé - Cas de fraude évidente.

- 1.4. B.G.H. 3 mars 1976,
- W.M.*
- , 1976, 422 (marché national).

Cautionnement « à première demande » donnée pour le remboursement d'un prêt - Interprétation de la clause « à première demande ».

- 1.5. O.L.G. Stuttgart 8 sept. 1976,
- W.M.*
- , 1977, 881 (marché national).

Caution bancaire de retenue donnée dans le marché national par ordre d'un sous-traitant au profit du maître d'ouvrage - Clause « à première demande » - Signification - Paiement sous réserve.

- 1.6. L.G. Lubeck 27 juin 1977,
- M.D.R.*
- , 1978, 53.

Garantie à première demande - Appel à la garantie - Contestation du bien fondé de la garantie? - Preuve des difficultés de recours - Demande d'interdiction de paiement - Essence de la garantie - Octroi du référé (non).

- 1.7. O.L.G. Hamburg 7 juillet 1977,
- W.M.*
- , 1978, 260.

Garantie bancaire payable « à première demande » sur base d'un document arbitral - Décision d'un tribunal ordinaire - Refus de paiement - Non conformité des documents - Exception de compensation - Cession des droits du donneur d'ordre - Inopposabilité de ces exceptions - Obligation de paiement.

- 1.8. O.L.G. Hambourg 4 nov. 1977,
- RiW/AWD*
- , 1978, 617 (affaire égyptienne).

Garantie bancaire de bonne exécution donnée dans le commerce international - Durée de validité expressément stipulée - Non restitution de l'acte de garantie - Réclamation de surrêts par la banque garante auprès du donneur d'ordre après l'extinction de la garantie - Réclamation abusive.

- 1.9. O.L.G. Dusseldorf 13 fév. 1978,
- W.M.*
- , 1978, 359.

- 1.10. O.L.G. Stuttgart 25 janv 1979,
- W.M.*
- , 1979, 733;
- RiW/AND*
- , 1979 729 (affaire libanaise).

Garantie automatique de bonne fin - Appel tardif - Demande d'interdiction de paiement - Octroi du référé.

- 1.11. B.G.H. 2 mai 1979,
- J.Z.*
- , 1979, 442;
- W.M.*
- , 1979, 961 (marché national) suite de l'affaire 1.5.

Caution bancaire de retenue donnée sur ordre d'un sous - Traitant au profit du maître de l'ouvrage - Clause « à première demande » - Signification - Paiement sous réserve.

- 1.12. L.G. Francfort (rèf) 29 nov. 1979,
- D.P.C.I.*
- , 1980, 262, note J. DOHM.

Contregarantie de bonne fin pour la livraison de bétail - Appel à la contregarantie - Demande abusive du bénéficiaire - Preuve par certificats sanitaires - Absence de fraude du garant - Refus d'octroi du référé.

- 1.13. L.G. Francfort 14 déc. 1979,
- D.P.C.I.*
- , 1980, 262 note J. DOHM,
- N.J.W.*
- , 1981, 284 (affaire iranienne).

Contregarantie automatique de bonne fin - Prorogations successives de la garantie - Appel à la contregarantie - Examen sommaire de la convention - Appel abusif - Principe de bonne foi universellement applicable, Octroi de l'interdiction de paiement

- 1.14. L.G. Braunschweig 22 mai 1980,
- W.M.*
- , 1981, 278;
- RiW/AWD*
- , 1981, 789 (affaire irakienne).

Garantie automatique de bonne fin - Cas de force majeure - Clause de renégociation - Appel à la garantie - Appel abusif - Octroi de l'interdiction de paiement.

- 1.15. L.G. Dortmund 9 juill. 1980,
- W.M.*
- , 1981, 280 (affaire iranienne).

Contregarantie automatique de bonne fin - Prorogations successives de la garantie - Appel à la contregarantie - Appel abusif - Principe de bonne foi universellement applicable - Octroi de l'interdiction de paiement.

- 1.16. L.G. Stuttgart 8 août 1980,
- W.M.*
- , 1981, 633 (affaire irakienne).

Contregarantie automatique de bonne fin - Prorogations successives - Appel à la contregarantie - Demande d'interdiction de paiement - Fraude manifeste du bénéficiaire - Particularité de la contregarantie - Octroi du référé (non).

- 1.17. O.L.G. Saarbrücken 23 janv. 1981,
- RiW/AWD*
- , 1981, 338;
- W.M.*
- , 1981, 275 (affaire égyptienne).

Contregarantie automatique de bonne fin donnée pour une livraison de fournitures - Appel à la contregarantie - Demande d'interdiction de paiement - Fraude du garant (non).

- 1.18. O.L.G. Stuttgart 11 fév. 1981,
- Z.I.P.*
- , 1981, 497 (affaire irakienne).

Contregarantie automatique de bonne fin - Appel tardif de la contregarantie - Demande d'interdiction de paiement - Particularité de la contregarantie - Appel de la garantie non tardif - Octroi du référé (non).

2. *Autriche* (La jurisprudence autrichienne publiée ne mentionne pas le nom des parties).

- 2.1. Ost. Ob. Ger. 15 octobre 1964,
- Jur. Bl.*
- , 1965, 262.

Caution de bonne fin - Caution payable dans les trois jours de la demande sans preuve des raisons de l'appel - Nature juridique - Contrat de garantie - Différence entre garantie et cautionnement - Signification de la dénomination « caution ».

- 2.2. Ost. Ger. 6 oct. 1971,
- Ost Bank Archiv.*
- , 1973, 166.

Garantie bancaire à première demande sans preuve supplémentaire donnée pour la construction de routes en faveur d'un land autrichien - Nature juridique de cet engagement.

- 2.3. O.G.H. 23 février 1977, *Jur. Bl.*, 1978, 204.

Cautionnement solidaire donné en faveur de l'administration locale par une banque à la place d'un dépôt en espèces - Nature juridique de cet engagement - Caractère non déterminant de la dénomination choisie - Volonté des parties - Clause de première demande - Nature juridique de l'engagement - Irrécouvrabilité de la condition pour enrichissement illégitime.

- 2.4. O.G.H. 4 mai 1977, *OGHE*, 1977, n. 66.

Garantie « payable dans les trois jours de la présentation sans preuve de la justification » - Appel à la garantie - Refus de la banque - Accomplissement par le donneur d'ordre de ses obligations - Exception irrécouvrable - Nécessité de moyen de preuve évident et rapide.

3. Belgique.

- 3.1. Trib. comm. 7 août 1979, Domon et Van der Vinc c. B.B.L., inédit (affaire syrienne).

Cautionnements à première demande donnés pour un marché public - Appel des cautions - Paiement - Contestations du bien fondé du paiement - Responsabilité bancaire.

- 3.2. Trib. comm. Brux. 21 novembre 1979, Sofial c. Kredietbank, *J.C.B.*, 1980, I, 140.

Contregarantie de bonne fin - Appel à la contregarantie - Paiement - Recours contre le donneur d'ordre - Devoir de vérification lors du paiement de la garantie - Non respect - Recours non fondé.

- 3.3. Comm. Brux. (réf) 15 janvier 1980, Owens Corning Saudi Cy c. Drathimpex et B.B.L., *J.C.B.*, 1980, I, 147.

Garantie automatique de bonne fin - Appel à la garantie - Appel abusif - Octroi d'une interdiction de paiement.

- 3.4. Comm. Brux. (réf) 23 octobre 1980, S.G.B. c. Eurosystem, inéd.

Garantie automatique - Rétraction d'une ordonnance interdisant le paiement de la garantie.

- 3.5. Comm. Brux. (réf) 23 décembre 1980, *Rev. Banque*, 1981, 627.

Garantie automatique - Contregarantie émise en faveur de l'administration douanière iranienne - Prorogations successives - Demande préventive d'interdiction de paiement.

- 3.6. Comm. Brux. 11 mars 1981, Banque Paris-Bas c. C.G.B., *J.C.B.*, 1981, I, 363.

Garantie automatique subordonnée - Appel à la garantie - Litige relatif à la soustraction porté devant les Tribunaux - Non connexité - Limites de l'obligation du garant.

- 3.7. Trib. comm. Antwerpen 15 mai 1981, Spaas c. Kredietbank, inéd.

Garantie documentaire donnée à l'appui d'un cautionnement - Recours du garant contre le fournisseur, donneur d'ordre - Conformité des documents (oui) - Recours justifié.

- 3.8. Bruxelles 18 décembre 1981, Dumont et Van der Vin c. B.B.L., *Rev. Banque*, 1982, 100 (suite de l'affaire 3.1.).

Contregaranties à première demande données pour un marché public - Appel des contregaranties - Paiement - Contestation du bien fondé de l'ap-

pel - Nature juridique des contregaranties - Interprétation du texte - Caractère indépendant - Paiement justifié.

4. Etats-Unis.

- 4.1. Dynamics corp. of America v. Citizens and Southern Nat. Bank, 356, *F. Suppl.*, 991 (N.D. Gaz. 1973).

Clean stand-by letter of credit émise pour la bonne fin d'une opération de fournitures d'armes - Embargo - Appel à la garantie - Demande d'interdiction de paiement - Octroi du référé.

- 4.2. Intraworld Ind. Inc. v. Girard Trust Bank, Sup. Court of Pennsylvania, 17 avril 1975, 461, *Pac.*, 336 A 2d. 316 (1975).

Lettre de crédit payable sur simple statement du bénéficiaire - Garantie de paiement donnée à l'appui d'un leasing immobilier - Appel à la garantie - Contestation du bien fondé de l'appel - Indépendance de la garantie - Refus de la demande d'interdiction de paiement.

- 4.3. New York Bank v. Palladina J and First State Bank, Sup. Court of New Jersey, 13 déc 1976, 368 A 2d., 943 (1976).

Garantie bancaire donnée sous forme de lettre de crédit - Garantie en remboursement d'un prêt - Appel à la garantie - Contestation par le garant de la validité de son engagement - Contestation valable.

- 4.4. Chase Manhattan Bank v. Equibank, U.S. Court of Appeals, 16 février 1977, 550, *F. 2d*, 882 (1977).

Garantie bancaire donnée sous forme de lettre de crédit - Garantie payable sur base d'un « Statement with certification of default » - Appel de la garantie - Absence de conformité des documents (oui) - Impossibilité pour le garant de récupérer le montant de la garantie irrelevant.

- 4.5. Nat. Surety Corp. Midland Bank, U.S. Court of Appeals, 25 février 1977, 551, *F. 2d*, 21 (1977).

Garantie bancaire émise sous forme de lettre de crédit en couverture d'un surety bond - Contestation de la validité de cet engagement - Rejet.

- 4.6. Bank of North Carolina v. The Rock Island Bank, U.S. Court of Appeals, 10 mars 1978, 570, *F. 2d*, 202 (1978).

Clean letter of credit - Contregarantie d'une garantie de bonne fin relative à une opération du commerce national - Appel de la contregarantie - Contestation de la validité de l'engagement - Différence entre la guaranty « primary » et la guaranty « secondary » - Validité.

- 4.7. Pringle Assoc. Mortgage v. Southern Nat. Bank of Hattiesburg, U.S. Court of Appeals, 20 avril 1978, *F. 2d*, 871 (1978).

Garantie émise sous forme de lettre de crédit pour le remboursement d'un prêt à la construction - Appel de la garantie - Refus du garant de payer - Nature juridique de la garantie émise - Condamnation du garant.

- 4.8. Corporation de Mercadeo Agricola v. Mellon Bank Int., U.S. District Court, 5 décembre 1978, 464, *F. Suppl.*, 88 (1978).

Garantie émise sous forme de lettre de crédit payable sur base d'une attestation du bénéficiaire et d'une reconnaissance des faits par le donneur d'ordre - Appel de la garantie - Absence de reconnaissance par le donneur d'ordre - Refus au garant de payer - Refus justifié.

- 4.9. Harris Int. Telecommunications Inc., c. Bank Melli Iran, 22 février 1979, 79, Civ. 802.
Contregarantie automatique de bonne fin émise sous forme de lettre de crédit - Guerre civile d'Iran - Suspension de l'exécution du marché - Appel à la garantie - Obligation bancaire de surseoir au paiement.
- 4.10. Insurance Cy of North America v. Heritage Bank, U.S. Court of Appeals, 19 mars 1979, 595, F. 2d, 171 (1979).
Garantie bancaire donnée à l'appui de surety bond - Garantie donnée sous forme de lettre de crédit - Garantie payable sur base de statements - Contestation de la conformité des documents - Règles d'interprétation - Refus du garant de payer - Refus justifié.
- 4.11. United Technologies Corp. v. Citibank N.A., Iranians' Bank and Telecommunication Cy of Iran, U.S. District Court, 23 mars 1979, 469, F. Supp., 473 (1979).
Contregarantie automatique de bonne fin émise sous forme de lettre de crédit - Guerre civile d'Iran - Suspension de l'exécution du marché - Demande préventive d'interdiction du paiement - Refus - Obligation bancaire d'avertir le donneur d'ordre en cas d'appel à la contregarantie.
- 4.12. East Girard Savings Assoc. v. Citizen Nat. Bank and Trust Cy of Baytown, U.S. Court of Appeals, 18 avril 1979, 593 F. 2d, 598 (1979).
Garantie émise sous forme de lettre de crédit payable sur base d'un statement - Appel à la garantie - Contestation de la conformité des documents - Règles d'interprétation des conditions de la lettre de crédit - Refus du garant de payer - Refus injustifié.
- 4.13. K.M.W. Int. v. Chase Manhattan Bank, U.S. Court of Appeals, 10 août 1979, 606, F. 2d, 10 (1979) (affaire iranienne).
Contregarantie bancaire de bonne fin émise sous forme de lettre de crédit - Guerre civile d'Iran - Suspension de l'exécution du marché - Demande d'une interdiction de paiement préventive - Refus - Obligation bancaire d'avertir le donneur d'ordre en cas d'appel à la contregarantie.
5. France.
- 5.1. Paris 2 juin 1967, B.U.P. c. Soc. Emar, Rev. Jur. comm., 1967, 709, note E.M.
Garantie de bonne exécution donnée pour la livraison de fournitures - Appel à la garantie - Contestation du bien fondé de l'appel - Paiement par la banque - Validité du recours contre le donneur d'ordre.
- 5.2. Paris 15 juin 1973, Banque du Caire c. S.F.B., Rev. Jur. comm., 1973, 273.
Cautionnement à première demande - Appel à la garantie - Résiliation du marché - Cause de force majeure - Libération de la caution.
- 5.3. Paris 8 décembre 1977, Bigot c. S.C.I.C., D, 1979, J., 259, obs. M. VASSEUR.
Cautionnement de restitution d'acompte - Marché public national - Cautionnement à première demande - Appel à la garantie - Litige entre le donneur d'ordre et le bénéficiaire - Paiement de la garantie - Paiement valable.
- 5.4. Aix 31 mars 1978, Soc. C. c. Banque T, inédit.
Garantie automatique de restitution d'acompte - Cause de réduction au prorata - Appel à la garantie - Paiement de la totalité du montant de la garantie - Faute de la banque - Défense de paiement.

- 5.5. Paris 22 juin 1978, B.N.P. c. Brangeon, D., 1979, J., 259 obs. M. VASSEUR.
Cautionnement de bonne fin dit à première demande - Marché public national - Appel à la garantie - Paiement - Annulation ultérieure de la créance du bénéficiaire contre le donneur d'ordre - Paiement de la garantie valable.
- 5.6. Rennes 11 juillet 1978, Soc. Gen. c. Tilly, inédit.
Contregarantie de bonne fin d'un marché de livraison - Appel de la contregarantie - Paiement - Réclamation du donneur d'ordre fondée sur le marché - Indépendance de la contregarantie - Paiement valable.
- 5.7. Paris 28 septembre 1978, Banco Espanol c. Soc. Gén., inédit.
Contregarantie automatique de restitution d'acomptes - Interprétation de la convention - Garantie inconditionnelle - Appel à la garantie - Paiement - Litige né du contrat de base - Paiement valable.
- 5.8. Paris 14 novembre 1978, Soderia c. B.N.P., D, 1979, J., 259, obs M. VASSEUR.
Garantie automatique de bonne fin - Appel à la garantie - Appel abusif - Paiement de la garantie - Paiement non valable.
- 5.9. Paris 1 juin 1979, Reis c. B.N.P., inédit.
Garantie automatique - Principe de l'indépendance - Inopposabilité des exceptions tirées du marché commercial garanti.
- 5.10. Cass. 12 juin 1979, Bigot c. S.C.I.C., Bull., 1979, n. 197 (suite de l'affaire 5.3.).
Cautionnement de restitution d'acompte - Marché public national - Appel à la garantie - Paiement - Exception de compensation - opposabilité par le garant - Paiement de la garantie non valable.
- 5.11. Paris 5 juillet 1979, Banque Hervet c. S.C.I. Le Parc, D, 1980, J., 243 note H. SOULEAU.
Garantie de retenue - Marché public national - Portée - Non achèvement des travaux - Appel à la garantie - Appel justifié.
- 5.12. Trib. Gde Inst. Paris (réf) 13 mai 1980, B.F.C.E. c. Caillette et Dony, D, 1980, 490, note C. GAVALDA et J. STOUFFLET; R.T.D. Comm., 1981, 124, obs. MOULY, Banque, 1981, 778 obs. L.M. MARTIN, J.C.P., 1981, éd. C.I., II, 13532, note M. VASSEUR.
Garantie automatique de bonne fin - Appel à la garantie - Retards importants de paiement de la part du bénéficiaire et saisie - Arrêt accordé - Demande de rétractation de l'autorisation - Validité de la saisie-arrêt.
- 5.13. Riom 14 mai 1980, Delbard c. B.F.C.E., D, 1981, J., 336, note M. VASSEUR.
Contregarantie de bonne fin au profit de l'administration iranienne - Prétendue bonne exécution du contrat de base - Demande préventive d'interdiction de paiement - Absence de fraude manifeste - Non octroi du référé.
- 5.14. Trib. Gde Inst. Paris 11 juillet 1980, Shaler Trad. Cy. c. Frab. Bank, D, 1981, J., 336, note M. VASSEUR.
Garantie automatique de bonne fin - Prorogations successives - Appel à la garantie - Demande d'interdiction de paiement - Caractère autonome de la garantie - Non octroi du référé.
- 5.15. Trib. gde Inst. Montluçon 9 janvier 1981, Belbard c. B.F.C.E., D, 1981, J., 390, obs. M. VASSEUR (suite de l'affaire 5.13.).
Contregarantie de bonne fin au profit de l'administration iranienne - Appel à la contregarantie - Résiliation du marché aux torts du bénéficiaire -

Mauvaise foi de ce dernier mais non du garant - Refus de l'interdiction de paiement.

- 5.16. Paris 29 janvier 1981, Banque X c. Creusot-Loire, *D.*, 1981, J., 336, note M. VASSEUR.

Garantie de bonne fin donnée par un sous-traitant - Interprétation de la convention - Garantie autonome - Prétendue nullité du contrat de base - Refus de paiement par le garant - Refus abusif - Condamnation à des dommages et intérêts.

- 5.17. Trib. comm. Paris 24 mars 1981, Etab. Desse c. Banque de l'Indochine, *D.*, 1981, J., 482, note M. VASSEUR.

Garanties de bonne fin et de restitution dacompte payable sur base d'une demande justifiée - Interprétation de la clause - Appel à la garantie - Demande d'interprétation de paiement - Octroi.

Garantie automatique de retenue - Appel à la garantie - Demande d'interdiction de paiement - Refus.

- 5.18. Trib. comm. Paris 24 mars 1981, S.A.E. c. Banque Rahni (Iran), *D.*, 1981, J., 483, note M. VASSEUR.

Contregarantie de bonne fin émise au profit de l'administration iranienne - Résiliation notifiée du marché - Appel à la garantie - Demande d'interdiction de paiement - Octroi.

- 5.19. Trib. comm. Paris 5 mai 1981, Thomas - C.F.S. c. Banque de Paris et des Pays-Bas, *D.*, 1981, J., 482, note M. VASSEUR.

Contregarantie au profit d'une administration iranienne - Demande unilatérale de modification du contrat de base pour le bénéficiaire de la garantie - Appel à la garantie - Appel non fondé - Octroi d'une interdiction de paiement.

- 5.20. Paris 27 octobre 1981, Bulk Oil Int c. Clea Shipping Corj., *J.C.P.*, 1981, II, 19702, obs. P. BOULOY.

Garantie de paiement automatique émise par lettre de credit - Appel - Prétendue mauvaise exécution du contrat de base - Demande de saisie - Arrêt conservatoire - Refus.

6. Grand-duche de Luxembourg.

- 6.1. Trib. comm. Luxembourg 27 novembre 1980, Yapi Va Kredi c. Banque Int. de Luxembourg, *D.*, 1981, I.R., 504, obs. M. VASSEUR.

Contregarantie émise à propos d'un contrat de fourniture - Droit applicable - Exception de fraude manifeste - Limites - Irrecevabilité.

- 6.2. Trib. arrdt. Lux. (réf) 20 octobre 1981, S.P.R.L. X c. K.G., inéd.

Garantie automatique de retenue - Appel à la garantie - Prétendue bonne exécution du contrat de base - Compétence limitée du juge des référés.

7. Italie.

- 7.1. Pret. Reggio Emilia 10 octobre 1978, Reggiane Offic. Meccaniche Italiane, c. Credito italiano, *Foro Pad.*, 1979, I, c. 244, note RUBINO-SAN MARTINO, *Provvedimenti di urgenza nei rapporti internazionali.*

Contregarantie donnée au profit de l'administration iranienne - Appel à la contregarantie - Demande préventive d'interdiction de paiement - Conditions d'octroi du référé - Interdiction de paiement préventive.

- 7.2. Pret. Reggio Emilia 23 avril 1979, Reggiane Offic. Meccaniche Italiane c. Credito italiano, *Foro Pad.*, 1980, I, 386, note ABBATESCIANNI, *Provvedimenti d'urgenza e fideiussioni bancarie di buona esecuzione.*

Contregarantie de bonne fin en faveur de l'administration iranienne - Appel à la contregarantie - Demande d'interdiction de paiement - Conditions d'octroi du référé - Interdiction de paiement.

- 7.3. Pret. San Minato 18 juillet 1980, Il Veliero c. Credito Italiano, inédit. (affaire pakistanaise).

Contregarantie documentaire de paiement donnée pour la livraison de fournitures - Cessation d'activités du bénéficiaire - Menace d'appel à la contregarantie - Demande préventive d'octroi d'un référé - Conditions d'octroi - Vérification - Octroi du référé.

- 7.4. Pret. Milano 17 novembre 1980, Endéal c. Banca Naz. del Lavoro, inédit. (affaire syrienne).

Garantie automatique de bonne fin - Appel à la garantie - Prétendue fraude du bénéficiaire - Nécessité d'une fraude évidente - Octroi d'une interdiction de paiement (non).

- 7.5. Pret. Ferrara 9 décembre 1980, Alaia - Zanzi Fruit Growing Equipment c. Credito italiano, *Foro Pad.*, 1980, I, 382, note ABBATESCIANNI, *Provvedimenti d'urgenza e fideiussioni bancarie di buona esecuzione.*

Contregarantie donnée au profit de l'administration iranienne - Appel à la contregarantie - Demande d'interdiction de paiement de la contregarantie - Octroi - Fixation d'un délai de 60 jours pour l'intentement d'une action au principal.

8. Pays-Bas.

- 8.1. Amsterdam 30 mars 1972, Friesche Plantaardappel-Exporthand c. Amsterdam Rotterdam Bank, *N.J.B.*, 1973, n. 188.

Garantie de bonne fin donnée pour la livraison de fournitures - Appel à la garantie - Paiement de la garantie - Contestation du bien fondé du paiement - Production des documents du transport - Appel abusif (non).

9. Royaume-Uni.

- 9.1. Sinason-Teicher Inter American Grain Corp. v. Oilcakes and Oilseeds Trading, Cy Ltd., Queen's Bench Div. 26 mai 1954, 2, *All. E.R.*, 1954, 497.

Garantie automatique de paiement donnée pour la livraison de fournitures - Résiliation du contrat - Contestation du bien fondé de la résiliation - Appel à la garantie - Demande d'interdiction de paiement - Indépendance de la garantie - Octroi du référé (non).

- 9.2. R.D. Harbottle Ltd v. Nat. Westminster Ltd, Queen's Bench Div., 26 janvier 1977, 3 *W.L.R.*, (1977), 752, Kerr J.

Contregarantie automatique de bonne fin - Appel à la contregarantie - Appel injustifié - Demande d'interdiction de paiement - Absence de fraude établie - Octroi d'un référé (non).

- 9.3. Howe Richardson Scale Cy Ltd v. Polimex Cekop and Nat. Westminster Bank Ltd, Court of Appeals 23 juin 1977, *Bar Library Transcript*, 1977, n. 270, C.A.; 2 *Lloyd's Rep.*, 161, Roskill L.J.

Garantie automatique de bonne fin - Appel à la garantie - Retard de paiement - Demande d'interdiction de paiement - Absence de fraude établie - Octroi du référé (non).

- 9.4. *Edward Owen Engineering Ltd v. Barclays Bank Int. Ltd*, Court of Appeals 15 juillet 1977, 3 *W.L.R.*, 1977, 765, Lord Denning, Browne and Geoffrey Lane L.J.J.

Garantie automatique de bonne fin - Lettre de credit à ouvrir pour le paiement du donneur d'ordre - Défaut d'ouverture de paiement - Absence de Appel à la garantie - Demande d'interdiction de paiement - Absence de fraude évidente - Octroi d'un référé (non).

- 9.5. *The State Trad. Corp. of India Ltd v. E.D. 1 F. Man Ltd and The State Bank of India*, Cour of Appeals 17 juillet 1981, inéd. Lord Denning.

Garantie automatique de bonne fin donnée pour la livraison de fournitures - Embargo - Demande d'interdiction de paiement de la garantie - Refus.

10. *C.C.I. Cour d'Arbitrage* (Nous n'avons pas repris le nom des parties).

- 10.1. Affaire n. 3267 - Cour d'arbitrage - 510^e session, 14 juin 1979, *Clunet*, 1980, 963, obs. Y. DERAIS.

Clause de garantie automatique dans un contrat international - Fonction Dommages et intérêts forfaitaires.

- 10.2. Affaire n. 3316 - Cour d'arbitrage - 511^e session, 19 septembre 1979, Doc. n. 410/3815, *Clunet*, 1980, 970, obs. Y. DERAIS (même affaire que celle étudiée in 10.1.).

Garantie « à première demande » émise dans le commerce international - Garantie de paiement au profit d'un sous-traitant - Nature juridique - Engagement indépendant - Validité.